



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI UDINE

XXIX CICLO DEL DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

DIRITTO PUBBLICO E SISTEMA PENALE

Sede convenzionata

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

LA RECIDIVA UN DISCUSO ISTITUTO TRA PASSATO E FUTURO

Dottorando:
Pietro PERINI

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Mauro BUSSANI

Supervisore:
Chiar.ma Prof.ssa Natalina FOLLA

Anno Accademico 2016 – 2017

*A Nino,
inimitabile Maestro di vita*

Indice

Introduzione	6
--------------	---

CAPITOLO I

Frammenti storici di recidiva

1. Brevi cenni sulle prime fonti	9
2. I criminali recidivi nell'antico regime	14
3. Il XIX secolo e la svolta francese	18
4. L'intenso dibattito dottrinale italiano	23
5. Il variegato panorama dei Codici preunitari	27
6. In cammino verso il Codice Zanardelli	33
7. "Troppo presto": il manifesto di una Scuola	38
8. Enrico Ferri e il fascismo: una distanza più apparente che reale	44
9. Un'aspettativa in parte delusa: l'art. 99 c.p.	47

CAPITOLO II

Di riforme in controriforme

1. I rigorismi della disciplina originaria	53
2. Il giudice al centro del sistema: la riforma del 1974	58
3. (segue) Ulteriori problemi interpretativi in ordine alla nuova "facoltatività" della recidiva	67
4. Un istituto da eliminare? Spunti dal panorama tedesco	71
5. Una scelta diametralmente opposta: il disegno di legge Cirielli	75
6. La rinnovata fisionomia della recidiva	81

7. Il recidivo reiterato: il precedente americano delle “ <i>Three Strikes Laws</i> ” _____	87
8. (segue) La disciplina nazionale e il “doppio binario” _____	95

CAPITOLO III

La recidiva dinanzi alla Carta costituzionale

1. I nodi irrisolti e il ruolo crescente dei giudici di Palazzo della Consulta _____	103
2. L'intervento sulla disciplina transitoria _____	108
3. La fondamentale pronuncia in merito alla perdurante discrezionalità della recidiva reiterata _____	113
4. Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e presunzioni assolute _____	117
5. La “sentenza pilota” relativa alla blindatura del giudizio di bilanciamento <i>ex art.</i> 69, comma 4, c.p. _____	122
6. (segue) Gli interventi successivi _____	129
7. La recidiva in sede di esecuzione _____	137
8. I tortuosi rapporti fra recidiva reiterata, continuazione e cumulo giuridico delle pene _____	140
9. La fine annunciata di un discutibile automatismo: Corte costituzionale e recidiva obbligatoria a confronto _____	144

CAPITOLO IV

Le prospettive future della recidiva

1. Alcune proposte <i>de iure condendo</i> : premesse metodologiche _____	153
2. Sulla natura giuridica della recidiva: un dibattito oramai sopito? _____	155
3. Conseguenze in ordine alla ritenuta natura circostanziale dell'istituto _____	160
4. Dalla “recidiva internazionale” alla “recidiva europea”: una figura in via di evoluzione _____	165

5. Recidiva, regime di procedibilità e determinazione della pena al fine dell'applicazione delle misure cautelari	170
6. (segue) Ulteriori aspetti problematici	176
7. La ragion d'essere della recidiva nel sistema penale	182
8. Il nodo degli "effetti indiretti"	191
9. Verso una "nuova" recidiva: alcuni spunti per una riforma organica	201
10. (segue) La recidiva nei progetti di riforma della parte generale del codice penale	209

CAPITOLO V

Carcere e recidiva: un binomio indissolubile?

1. Dalla punizione del recidivo all'abbattimento dei tassi di recidiva	216
2. La problematica definizione dei tassi di recidiva	218
3. Brevi cenni sul sovraffollamento in Italia: dalle condanne europee alle misure nazionali per arginare il fenomeno	222
4. Un nuovo modo di intendere il carcere: le linee guida europee su carcere aperto e sorveglianza dinamica	227
5. (segue) La situazione italiana e le circolari del DAP	231
6. Il carcere aperto funziona? Alcune spunti tratti dall'esempio norvegese	236
7. Il "quasi esperimento" presso la casa di reclusione di Bollate	241
8. Riflessioni conclusive	245
Conclusione	248
Bibliografia	251
Sintesi	300

Introduzione

L'attuale disciplina penalistica della recidiva non convince.

È questo il motivo che ci ha spinti ad affrontare, nel corso del triennio, una tematica di ricerca estremamente affascinante ma anche – e soprattutto – complessa, tant'è che l'istituto è stato definito da più parti come la “croce dei criminalisti”.

Se è vero che fino al XVIII secolo la recidiva era rimasta ai margini del dibattito giuridico perché non dotata di una propria autonomia, anche a causa della confusione con le similari figure di reiterazione criminosa, dal *Code pénal* francese del 1810 in poi ha occupato stabilmente un ruolo centrale nei testi normativi e nelle discussioni dottrinali.

Si pensi alle differenti soluzioni adottate nei vari codici preunitari, con illustri Autori dell'Ottocento pronti a opporre le loro tesi in merito alla sfuggente *ratio* dell'istituto o, ancora, al duro scontro tra la Scuola classica e la Scuola positiva, nel quale la recidiva rappresentava un fertile terreno di battaglia sul quale i contendenti potevano schierare i propri postulati scientifici.

Il fascino della figura, inoltre, sta nella sua perenne attualità: pochi istituti della parte generale del codice Rocco, infatti, sono tuttora così “vivi” e bisognosi di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale. Questa peculiarità è dovuta, almeno in parte, al susseguirsi della riforma umanizzante del 1974, prima, e della controriforma punitiva ispirata al modello statunitense, poi, che hanno interessato la materia e al contempo hanno contribuito a creare un testo normativo confuso, per di più non sempre in armonia con i principi cardine della Costituzione.

Ciò si evince chiaramente dal numero rilevante di pronunce della Consulta, la quale, soprattutto dopo il 2005 e in particolare nell'ultimo quinquennio, ha iniziato a occuparsi con una frequenza sempre maggiore dell'aggravante e di tutti gli “effetti indiretti” che scaturiscono dall'applicazione della stessa. Possiamo qui ricordare, a titolo esemplificativo, la fondamentale sentenza n. 185 del 2015, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma quinto dell'art. 99 c.p., nella parte

in cui stabiliva un rigido e discusso automatismo sanzionatorio, non rispondente al canone dell'*id quod plerumque accidit*.

La declaratoria che ha toccato tale norma non è l'unica e neppure l'ultima, anzi è presumibile che in un futuro non troppo lontano la scure del Giudice delle leggi cali ancora sul "sistema recidiva", posto che al suo interno vi sono ulteriori ed evidenti profili di irrazionalità, dalla disciplina dell'art. 62 *bis* c.p. alle limitazioni al giudizio di bilanciamento delle circostanze eterogenee fino alle preclusioni stabilite in sede penitenziaria per i recidivi (reiterati).

D'altra parte, la recidiva – *rectius*: la ricaduta nel crimine – non è solo un fenomeno strettamente giuridico, ma ha delle pesanti ricadute anche sul numero della popolazione carceraria e, conseguentemente, sull'endemico problema del sovraffollamento degli istituti di pena in Italia. Lo stesso Ministro della Giustizia ha recentemente ammonito sul fatto che gli elevati tassi di recidiva influiscano anche, da un punto di vista economico, sull'ingente costo degli istituti penitenziari italiani, che si aggira intorno all'ingente cifra di tre miliardi di euro l'anno.

Alla luce di quanto detto, l'obiettivo del nostro lavoro è duplice.

Dapprima ricostruiremo l'istituto nella sua evoluzione storica, per ricercare le varie soluzioni normative susseguitesi nel corso del tempo, facendo tesoro anche delle contrapposte esperienze in materia della Germania e degli Stati Uniti.

Successivamente ripercorreremo le tappe del lungo cammino costituzionale della recidiva, soffermandoci sulle pronunce più rilevanti della Consulta e, infine, affronteremo i delicati temi del fondamento e della natura giuridica dell'istituto, con tutte le conseguenze pratico-applicative derivanti da un suo determinato inquadramento all'interno dell'ordinamento penale.

Tale procedimento ci permetterà di capire quali debbano essere – in una prospettiva di riforma – la qualificazione giuridica più valida e gli elementi strutturali la cui presenza è necessaria nella definizione di un istituto compatibile con il dettato costituzionale.

Da un'altra angolatura, analizzeremo il controverso rapporto tra carcere e recidiva, valutando con dati statistici e indagini empiriche quale sia l'effettiva

percentuale di soggetti che commettono un nuovo reato dopo aver scontato la pena detentiva per una pregressa condanna irrevocabile.

Lo scopo è quello di capire se sia ipotizzabile una diversa idea di carcere, più attenta al singolo individuo e al suo trattamento risocializzante: una simile svolta abbatterebbe i significativi tassi di recidiva e conseguentemente anche l'elevato numero della popolazione carceraria in Italia. Ma, soprattutto, renderebbe l'espiatione di pena più dignitosa e maggiormente in linea con quanto previsto dagli standard europei e dal fondamentale principio della rieducazione scolpito nell'art. 27, comma 3, Cost.

CAPITOLO I

Frammenti storici di recidiva

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sulle prime fonti – 2. I criminali recidivi nell'antico regime – 3. Il XIX secolo e la svolta francese – 4. L'intenso dibattito dottrinale italiano – 5. Il variegato panorama dei Codici preunitari – 6. In cammino verso il Codice Zanardelli – 7. "Troppo presto": il manifesto di una Scuola – 8. Enrico Ferri e il fascismo: una distanza più apparente che reale – 9. Un'aspettativa in parte delusa: l'art. 99 c.p.

1. Brevi cenni sulle prime fonti

"Quale sanzione deve essere irrogata al recidivo?": è questa, in sostanza, la domanda, apparentemente semplice, che arrovella sovrani e legislatori di ogni epoca storica.

È ben vero, infatti, che la recidiva ha assunto i rigorosi connotati tipici di un istituto giudico penalistico solamente agli inizi del XIX secolo, tuttavia sin dall'antichità ci si è chiesti quale sia il trattamento più idoneo da riservare ai soggetti che ricadono nel crimine. Nel dar brevemente luogo dei passaggi più significativi che si sono succeduti nel corso dei secoli, cercheremo di evidenziare quali sono state le tappe evolutive maggiormente rilevanti¹.

¹ In ambito penalistico, fondamentale è la ricostruzione effettuata da V. MANZINI, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze, 1899, pp. 126-144. L'Autore ripercorre le fonti più rilevanti che, dai primi secoli a.C. fino all'epoca medievale, si occupano nello specifico della ricaduta nel crimine da parte del già reo. Di grande pregio, sempre in un'ottica di ricostruzione storica dei primi testi in argomento, anche i lavori di F. GIORDANI, voce *Recidiva*, in *Dig. it.*, XX, Torino, 1910, in particolare pp. 375-384; D. CAIAZZO, *La recidiva (abitudine, professionalità,*

Tra i primi testi che si occupano dell'argomento troviamo sicuramente le Leggi di Manu², opera sacra della tradizione indiana, databile intorno al II secolo a.C. Bisogna sottolineare come nel diritto orientale la punizione dei colpevoli sia perlopiù un atto di religione – posto in essere dal re in ottemperanza delle ingiunzioni sacerdotali – necessario per la purificazione del reo. Ciò premesso, i versetti solenni così si esprimono: «che il re punisca prima con una semplice riprensione, poi con riprensioni severe, la terza volta con la multa: finalmente con la pena corporale»³.

Tale disposizione ha un valore storico elevatissimo, non solo perché contiene il principio dell'aggravamento progressivo di pena, ma anche e soprattutto perché configura la recidiva come generica, dato assai raro nel diritto positivo anteriore al XVI secolo. Nello stesso testo, tuttavia, è presente anche un caso di recidiva specifica, concernente il furto: il borseggiatore, infatti, è sanzionato con il taglio di due dita per il primo reato, il taglio di una mano e un piede per il secondo, mentre conseguenza del terzo delitto è la morte immediata⁴.

In Cina, le leggi più antiche irrogano delle pene estremamente severe già per il primo delitto, cosicché i consociati siano sicuri che il rischio di recidiva sia molto basso⁵. Il delinquente, infatti, si trova quasi nell'impossibilità di commettere nuovamente il reato per il quale è stato condannato in precedenza: l'assassino viene ucciso; colui che ha cagionato lesioni su subisce un'amputazione degli arti; al

tendenza a delinquere), Napoli, 1942, pp. 2-12; E. PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano*, Napoli, 1893, pp. 107-111.

² Le Leggi di Manu, o anche Mānava-Dharmaśāstra, sono il più importante e antico testo sacro della tradizione scritta dell'induismo. L'opera, divisa in dodici libri, si presenta sotto forma di discorso tenuto dal saggio Manu, figlio di Brahmā e capostipite dell'umanità. Per un approfondimento sul significato di tale imponente testo normativo si rimanda a W. DONINGER (a cura di), *Le Leggi di Manu*, Milano, 1996.

³ Cfr. Leggi di Manu, Libro VIII, vers. 129.

⁴ Cfr. Leggi di Manu, Libro IX, vers. 277. Si sofferma su tale aspetto A. ROMANELLI, *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1968, II, c. 230.

⁵ Per un'analisi complessiva del sistema penale cinese e dei suoi principi di fondo si rimanda a G. GREGORI, *L'ordinamento penale nella Cina classica e contemporanea*, in *Mondo cinese*, 1978, n. 21, pp. 3-22.

falsario viene tagliato il naso; ai delinquenti minori è impresso il marchio infamante sul corpo⁶.

Alla luce di tale trattamento sanzionatorio, è quindi evidente l'inutilità di predisporre disposizioni generali in tema di recidiva; l'unica eccezione concerne i reati contro la proprietà, la ricaduta nei quali porta alla morte⁷.

Il concetto di recidiva viene descritto con precisione anche in un testo più vicino alla nostra cultura occidentale, ossia l'Antico Testamento, dove tuttavia vi è una sovrapposizione tra il piano giuridico e quello etico-religioso: il delitto si confonde assai spesso con il peccato e la pena diviene il mezzo per placare e disarmare la collera divina.

Ad ogni modo, in un passo del Levitico, il Signore si rivolge a Mosè e ai suoi seguaci avvertendoli che «se disprezzerete le mie leggi e non farete caso ai miei giudizi, [...] vi castigherò con la penuria e con un ardore che inaridirà i vostri occhi»⁸. Qualora nemmeno tale punizione non sortisca alcun effetto, il castigo sarà «sette volte più grave per i vostri peccati». Nel Nuovo Testamento, Gesù si rivolge così al risanato: «Ecco: sei guarito! Non peccare più, perché non ti accada qualcosa di peggio»⁹. La recidiva, dopo aver ricevuto la grazia, si palesa quindi come uno tra i più gravi peccati che un essere umano possa compiere.

Per gli ebrei, invece, il sacro testo di riferimento è il *Talmund*, che punisce con estrema severità coloro i quali si rendono colpevoli più volte della stessa infrazione. La sanzione per il secondo delitto infatti viene raddoppiata e il reo riceve anche settantanove colpi di frusta¹⁰.

⁶ Tali esempi sono riportati da A. ANDREOZZI, *Le leggi penali degli antichi cinesi: discorso proemiale sul diritto e sui limiti del punire e traduzioni originali dal cinese*, Firenze, 1878, p. 12.

⁷ Cfr., sul punto, ancora A. ANDREOZZI, *Le leggi penali degli antichi cinesi*, cit., p. 189; D. CAIAZZO, *La recidiva (abitudine, professionalità, tendenza a delinquere)*, cit., p. 3.

⁸ Cfr. Levitico, cap. 26, vers. 15 ss.

⁹ Cfr. Vangelo secondo Giovanni, cap. 5, vers. 14.

¹⁰ In argomento si veda *amplius* F. GIORDANI, voce *Recidiva*, cit., p. 376.

Spostandoci sull'altipiano eritreo, si può osservare che il secolare diritto consuetudinario dell'Hamasen¹¹ punisce il soggetto che commette un altro reato della stessa indole con una pena pari al doppio di quella ordinaria; qualora giungano alla terza ricaduta nel crimine, i rei vengono abbandonati «sui monti, o altrimenti condannati all'ostracismo»¹². Lo studio sulla teoria generale della recidiva in tale diritto è assai moderno e sviluppato, dal momento che fa capolino per la prima volta la figura del recidivo reiterato, a cui viene inflitta, in aggiunta alla pena ordinaria, la relegazione sulle Ambe, montagne quasi inaccessibili e sorvegliate da guardiani, ovvero il confino dalla comunità. L'applicazione di tali sanzioni mostra chiaramente come si aggravi in modo progressivo la risposta punitiva dello Stato al crescere delle infrazioni, poiché la sicurezza dei consociati viene posta maggiormente in pericolo.

Il *Fethà Nagast*, invece, è il testo di riferimento dell'Abissinia nei primi secoli dopo Cristo. Tale raccolta di scritti, per il vero non molto nota, è stata elaborata da alcuni saggi scelti tra tutti i vescovi partecipanti al Concilio di Nicea e si occupa, seppur indirettamente, della recidiva.

Al contrario dell'esempio eritreo, non vi è una norma generale, ma singoli aggravamenti di pena per situazioni specifiche, tra cui spicca ancora una volta il furto. Interessante il caso delle molestie: i giovani, autori simili condotte nei confronti di adulti o anziani, la prima volta sono ammoniti, mentre la seconda vengono puniti con vergate, taglio di capelli e sfratto¹³; tuttavia, qualora sia mancato l'ammonimento la sola punizione aggiuntiva è la vergata.

Pare opportuno sottolineare l'espresso riferimento alla prima censura, che oggi potremmo assimilare all'elemento formale della sentenza di condanna passata in giudicato, necessaria affinché si proceda all'aggravio previsto per la recidiva.

¹¹ L'Hamasen è una regione dell'Eritrea settentrionale, il cui diritto consuetudinario ha origini molto lontane nel tempo e di difficile datazione. Svolge un'approfondita analisi in ambito penalistico G. DE STEFANO, *Il diritto penale dell'Hamasen ed il Fethà Neghest*, Firenze, 1897.

¹² Così G. DE STEFANO, *Il diritto penale dell'Hamasen ed il Fethà Neghest*, cit., p. 20.

¹³ Riprende tale caso V. MANZINI, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, cit., p. 130.

Presso la razza dei Mongoli, la ricaduta nel furto clandestino è punita assai severamente, con l'apposizione di un marchio sull'avambraccio sinistro con la scritta *teie-tao* (ladro segreto) e nei casi più gravi persino con la morte per strangolamento¹⁴.

Nell'esperienza giuridica romana il ruolo della recidiva è assai controverso, dal momento che non è stata teorizzata in termini generali¹⁵, per cui la dottrina recente si è sforzata di ricostruirne la disciplina¹⁶. Si pensi, a tal riguardo, che nella lingua latina non è neppure presente un termine per definire la recidiva: in alcune fonti si ritrova l'aggettivo *recidivus*, il quale, tuttavia, è riferito alle cose e mai alle persone¹⁷.

Prescindendo dalle difficoltà lessicali e terminologiche, tracce di recidiva generica sono presenti in una Costituzione del IV secolo, nella quale si prevede che il soggetto già condannato non possa beneficiare della *clementia*, un peculiare caso di indulto concesso dall'imperatore in occasione di importanti solennità¹⁸. Più rilevanti, dal punto di vista sanzionatorio, sono le ipotesi di recidiva specifica¹⁹, collegate a reati che destano un maggiore allarme sociale, come quelli militari. Il disvalore della condotta di diserzione infatti è molto elevato, in quanto strettamente

¹⁴ Tale peculiare ipotesi è riportata da F. GIORDANI, voce *Recidiva*, cit., p. 377.

¹⁵ Così S. RANDAZZO, *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 2013, vol. 130, pp. 461-462. In termini analoghi si esprime D. CAIAZZO, *La recidiva (abitudine, professionalità, tendenza a delinquere)*, cit., p. 4, secondo il quale «nel diritto romano non si ha certo una nozione precisa di recidiva».

¹⁶ Il riferimento è alla recentissima opera monografica di M. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2015. Si occupa del trattamento riservato ai recidivi nel periodo romano anche G. TOZZI PEVERE, *Il casellario giudiziale e la recidiva. Aspetti giuridici e sociologici*, in www.altrodiritto.unifi.it, 2007.

¹⁷ Tale considerazione è presente in M. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 8-9, la quale afferma che «mai, dunque, si parla in un testo giuridico o letterario di un reo *recidivus*, né tantomeno si riscontra un uso sostantivato dell'aggettivo in questione come, invece, nella lingua italiana».

¹⁸ Riportano tale esempio R. GAROFALO – L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, in P. COGLIOLO (diretto da), *Completo trattato teorico e pratico del diritto penale*, vol. I, parte III, Milano, 1893, pp. 795-796.

¹⁹ Secondo F. GIANNITI, *I reati della stessa indole*, Milano, 1959, pp. 4-5, la recidiva specifica era quella maggiormente presa in considerazione dal diritto romano; tuttavia era richiesta non solo l'affinità o la somiglianza tra il nuovo e il precedente delitto, bensì l'identità degli stessi.

correlato con la difesa e la sicurezza dello Stato: si capisce quindi come la reiterazione possa condurre, nei casi più gravi, sino alla morte del soldato²⁰.

Al diritto romano dobbiamo anche la creazione di un mezzo, per la verità non molto ortodosso, di individuazione dei recidivi, ovverossia il marchio: tale segno infamante viene dapprima impresso sulla faccia del *servus poenae* e successivamente, con l'avvento del cristianesimo nel IV secolo d.C., sulle braccia e sulle gambe²¹. Lo strumento è una sorta di "antenato" dei casellari giudiziali che si svilupperanno in Europa oltre un millennio dopo e svolge due funzioni: in primo luogo garantisce l'immediata individuazione del delinquente, favorendo l'applicazione di pene più severe nei loro confronti; in una prospettiva eticizzante, inoltre, serve a stigmatizzare il soggetto, differenziandolo già sul piano fisico dagli onesti *cives*.

Dai brevi passaggi sopra evidenziati emergono alcuni degli elementi che contraddistinguono nei secoli a venire la figura della recidiva, come il maggior disvalore insito nella ricaduta nel reato, la genericità della recidiva, l'aumento progressivo di pena per la terza ricaduta. D'altro canto non si possono non notare le enormi differenze: le sanzioni, che sovente prescindono dall'esistenza di un precedente monito inferto al reo, sono estremamente severe e comportano molto spesso pene corporali, finanche la morte.

Ma ciò non deve sorprendere, visto che ci si sta muovendo ancora in un territorio permeato molto più da istanze giusnaturalistiche e immanenti al concetto di etica piuttosto che a quello di giustizia, difesa sociale o retribuzione penale.

2. I criminali recidivi nell'antico regime

Con l'avvento del Medioevo, in special modo dal XII secolo in poi, la recidiva entra pian piano a far parte della riflessione più prettamente penalistica, seppur

²⁰ Cfr. S. RANDAZZO, *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, cit., pp. 464-465, il quale offre una variegata panoramica delle sanzioni applicabili qualora il soldato commetta più diserzioni: in particolare, la ricaduta non conduce alla pena di morte se realizzata in tempo di pace.

²¹ La tematica del marchio viene sviluppata da V. MANZINI, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, cit., pp. 134-135.

rilegata inizialmente ad un ruolo marginale sia nell'analisi teorica che nella prassi applicativa. Il motivo di tale apparente disinteresse risiede in primo luogo nella poca chiarezza e autonomia dell'istituto, spesso confuso con la figura più generale della reiterazione criminosa, la *consuetudo delinquendi*²².

La ragione principale, tuttavia, si rinviene nel fatto che ai tempi il diritto penale è più orientato alla riparazione del danno che alla punizione del reo²³. I crimini – specialmente quelli che colpiscono direttamente le persone nella vita, nell'incolumità, nell'onore, nei beni – sono considerati un affare privato che deve essere risolto dai soli protagonisti della vicenda: persona offesa, suoi familiari e conoscenti da un lato, autore del reato dall'altro.

La vendetta della vittima, quindi, non è una riprovevole pretesa egoistica ma anzi costituisce un diritto riconosciuto, attraverso il cui esercizio vengono ristabiliti gli equilibri violati dalla precedente condotta illecita. Se questo è il quadro, si capisce come non sia necessaria una teoria generale della recidiva, visto che i poteri pubblici sono meri spettatori esterni e neutrali della faccenda e intervengono solo in casi eccezionali.

Il delitto, dunque, è in primo luogo e soprattutto un'*iniuria*, alla quale non deve necessariamente seguire la punizione del reo ma piuttosto la riparazione del danno, da attuarsi mediante una trattativa che vede coinvolta in qualche modo la stessa comunità: si parla, non a caso, di «giustizia penale negoziata»²⁴. Tale forma di esercizio della giustizia in realtà è applicabile ai soli consociati, che sono tutelati

²² Con l'espressione *consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et puniendi delinquentem acius* si fa riferimento alla spiccata attitudine a commettere reati, acquisita mediante la ripetizione di atti criminosi nel tempo, a prescindere da una formale condanna precedente. In argomento si veda *amplius* M. SBRICCOLI, *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XVIe-XVIIe siècles)*, in F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et recidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Genève, 2006, pp. 25-26. Ripercorre le origini di tale brocardo, risalendo fino al diritto comune, I. MEREU, *Storia del diritto penale del '500. Studi e ricerche*, Napoli, 1964, pp. 97-98.

²³ Tale aspetto è colto da P. MARCHETTI, *Le "sentinelle del male": l'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quaderni fiorentini. Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVIII, 2009, p. 1016 ss.

²⁴ Così M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, 2007, p. 164. L'Autore sottolinea come la giustizia fosse orientata prevalentemente all'appartenenza e alla protezione dei membri della comunità, che ricevevano una forte salvaguardia rispetto a coloro che non ne facevano parte.

in quanto membri della società stessa e ricevono una sanzione “privata” orientata verso i minimi; al contrario, la salvaguardia non opera nei confronti di forestieri, vagabondi e in generale di tutti coloro che si sono inimicati la collettività – i cc.dd. *intractabiles* – i quali vengono sottoposti a sommarie procedure con sanzioni esemplari.

É questa una vera forma di giustizia “pubblica”, che combatte unilateralmente il crimine e si pone al di fuori di ogni logica di benevola contrattazione, punendo per retribuire del male commesso e per rimuovere il pericolo che si inizia ad annidare all’interno della comunità.

Tale “doppio binario” di risposte punitive si ritrova anche nei secoli successivi, quando cambia decisamente il modo di fare giustizia: tra il finire del XIII e gli albori del XIV secolo, infatti, si assiste a un forte moto di pubblicizzazione della stessa. I governanti capiscono l’importanza della giustizia penale quale mezzo efficace di governo, per cui non può essere lasciata nelle mani e nell’arbitrio della vittima, ma deve essere affidata esclusivamente ai giudici, i quali hanno l’obbligo perseguire *ex officio* tutti i reati dotati di una qualche rilevanza. I delitti quindi non offendono solamente la vittima, ma anche e soprattutto la *respublica*, la cui soddisfazione passa attraverso l’infliczione di una pena al reo²⁵.

L’integrazione comunitaria, che sembra essere divenuta apparentemente irrilevante, in realtà gioca ancora un ruolo di prim’ordine, specie nella valutazione e nella conseguente punizione della recidiva. Gli aumenti di pena si abbattano inesorabili soprattutto sui soggetti privi di una protezione sociale o sui delinquenti ritenuti inaccettabili dai consociati.

Così può accadere che a pluri-pregiudicati ben integrati nel tessuto sociale non venga contestata l’aggravante, mentre al contrario criminali non recidivi siano trattati come tali²⁶. Marginali, asociali, vagabondi e disertori: sono questi i soggetti

²⁵ Cfr. X. ROUSSEAUX, *Dalle città medievali agli Stati nazionali: rassegna sulla storia della criminalità e della giustizia penale in Europa*, in L. CAJANI (a cura di), *Criminalità, giustizia penale e ordine pubblico nell’Europa moderna*, Milano, 1997, p. 45, il quale si sofferma sulla «crescente monopolizzazione» del perseguimento d’ufficio dei reati da parte dei rappresentanti del sovrano; M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 168, riferisce, inoltre, che al giudice vengono assegnati poteri assai penetranti, caratterizzati soprattutto dai notevoli mezzi di indagine, comprensivi anche della tortura.

²⁶ Tale considerazione, accompagnata da ricerche d’archivio, è presente in B. GARNOT – H. PIANT, *Récidive, justice et opinion en Bourgogne et en Lorraine du milieu du XVIIe siècle à la fin du XVIIe siècle*, in

che non godono della protezione della comunità e sui quali cade come una scure l'infame sospetto di essere recidivisti²⁷.

Il ruolo della comunità scompare quasi del tutto all'alba del XVI secolo, quando si completa in Europa quel passaggio che conduce a una nuova concezione del diritto penale, la cui attenzione si sposta definitivamente sul piano della disobbedienza alla legge, lasciando in disparte il danno²⁸. Lo scopo del processo, nel quale il giudice è dotato di enormi poteri inquisitivi²⁹, è quindi quello di individualizzare la responsabilità del reo e ricercare le sue intenzioni criminose³⁰, per cui non può stupire che in tale contesto l'istituto della recidiva inizi ad avere una migliore sistemazione dottrinale e dogmatica, rilevando sia in ambito sostanziale che processuale.

Dal primo punto di vista, l'aumento di pena può essere anche estremamente severo, così come previsto dalla *Constitutio criminalis Carolina* per il ladro che commette per la terza volta un furto, il quale subisce inevitabilmente la pena di morte, a prescindere dal valore dei beni illecitamente sottratti³¹.

F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et recidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, cit., pp. 123-126. Gli Autori portano l'esempio della Borgogna, dove una minima percentuale dei consociati pregiudicati, stimata attorno al dieci per cento, subiva l'aggravio previsto dalla recidiva.

²⁷ Si veda, sul punto, M. SOULA, *Récidive et illusion rétrospective*, in www.criminocorpus.revues.org, 26 febbraio 2016, il quale sostiene come la maggior parte dei recidivi rientri nella categoria dei «marginiaux», ovverosia di coloro che si ritrovano «sans emploi, sans maison, sans famille, sans travail».

²⁸ Come osserva efficacemente M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 178-179, «la sola disobbedienza alla legge penale diventa motivo di pena», per cui «il potere pubblico punisce perché non può permettere che lo si offenda, anche se il danno in concreto colpisce qualcun altro».

²⁹ M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., p. 179, evidenzia che vi era il contemporaneo esercizio della funzione requirente e giudicante in capo al medesimo organo, le indagini e le accuse rimanevano segrete ed era possibile addirittura negare la difesa agli accusati. In argomento si veda anche E. FERRI, *Fascismo e Scuola positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *Scuola pos.*, 1926, pp. 242-243, il quale definisce la giustizia penale del tempo come una «empirica esasperazione di statolatria col disconoscimento delle più elementari garanzie di difesa per l'individuo processato».

³⁰ Cfr. X. ROUSSEAU, *La récidive: invention médiévale ou symptôme de modernité?*, in F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et recidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, cit., p. 80, il quale sostiene che «le changement de mentalité de la justice, consacré par l'évolution du droit modern vers l'individualisation des responsabilités et la recherche de l'intention».

³¹ La *Constitutio criminalis* viene emanata nel 1532 dall'imperatore Carlo V, dal quale prende anche volgarmente il nome di "Carolina". In questa legge, composta da duecentodiciannove articoli più il proemio, sono contemplate pene severissime per i criminali. Il sistema della recidiva, che non si distingue dalla mera reiterazione, è casistico e si concentra in particolar modo su ladri e falsari. Sul punto si veda F. GIORDANI, voce *Recidiva*, cit., pp. 380-381, che pone a confronto il trattamento previsto nella *Constitutio criminalis Carolina* con quello – altrettanto severo – della *Constitutio*

È opportuno notare come l'ordinamento sanzioni in particolare la malvagità del reo, ribellatosi alla "maestà della legge", mentre non vi è alcun riferimento alla pericolosità sociale, concetto che farà capolino nella scienza penalistica solamente nei secoli successivi. Il delitto infatti è studiato ancora solo come fenomeno individuale e non sociale, non ci si preoccupa delle cause della criminalità e dei mezzi necessari per combatterla e prevenirla³².

Gli effetti *in peius* della recidiva si estendono anche al processo, all'interno del quale svolge il ruolo di *praesumptio hominis*, presunzione che cioè ammette la prova contraria. Il principio affermato nel famoso brocardo *semel malus, semper malus* non vincola il giudice a emettere una sentenza di condanna, tuttavia arricchisce il materiale probatorio contro l'accusato e rende legittimo l'uso della tortura, finalizzata alla confessione dell'interrogato riguardo la propria malaugurata ricaduta nel crimine³³.

3. Il XIX secolo e la svolta francese

Il vero snodo per il destino strutturale e funzionale della recidiva è senza dubbio rappresentato dal *Code pénal* francese del 1810, vero «masso di granito»³⁴ nella storia della codificazione penale.

criminalis Theresiana, in vigore in Austria dal 1768 al 1787. Per ciò che concerne, nello specifico, il trattamento dei recidivi all'interno della *Constitutio criminalis Carolina* si veda J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^e édition, Paris, 2016, pp. 726-727.

³² Sottolinea la natura individuale del delitto, non ancora apprezzato come fenomeno sociale, P. MARCHETTI, *Le "sentinelle del male": l'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, cit., pp. 1017-1018.

³³ Analizza in modo approfondito le conseguenze della presunzione *semel malus, semper malus*, M. SBRICCOLI, *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XVI^e-XVII^e siècles)*, cit., pp. 28-29.

³⁴ Utilizza tale efficace espressione, M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, 2007, p. 191. Ribadisce la grande importanza rivestita dal Codice del 1810 anche A. LAINGUI, *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, pp. 49-50, il quale evidenzia la longevità di molteplici istituti presenti al suo interno, che non vengono modificati per lunghissimo tempo; N. CASTAN, *La Réforme pénale en France à la fin del'Ancien Régime: tentatives et échecs*, in L. BERLINGUER – F. COLAO, *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, Milano, 1990, p. 315 ss.

Frutto dei più grandi pensatori rivoluzionari e modellato sulla base dei principi cardine emersi nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, in esso si ritrovano il principio di legalità delle infrazioni e delle pene, l'irretroattività delle norme incriminatrici e il divieto di analogia. La vera battaglia degli illuministi viene combattuta sul piano della certezza del diritto, attraverso l'emanazione di un *corpus* normativo chiaro, semplice e non troppo articolato, al fine di limitare l'eccessivo arbitrio giudiziale, foriero di forti sperequazioni all'epoca dell'*ancien régime*.

Su queste solide mura portanti si costruisce un robusto edificio penalistico, ispirato a un «rigoroso disegno statualistico»³⁵, nel quale si valorizza soprattutto la difesa dell'ordine sociale e di quello pubblico, la protezione dello Stato attraverso la dissuasione, l'intimidazione e la minaccia: non può stupire quindi – date le premesse – che il trattamento di pena per i criminali, e in special modo per quelli recidivi, sia alquanto rigoroso. Questi ultimi ricevono un aggravio sanzionatorio legato alla commissione di un qualsiasi reato successivo, indipendentemente dal rapporto di identità o somiglianza con la precedente azione criminosa³⁶: viene così introdotta normativamente, per la prima volta, una recidiva generica³⁷.

³⁵ Così A. CAVANNA, *Il Codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, in *Codice dei delitti e delle pene per il regno d'Italia (1811)*, ristampa anastatica, Padova, 2002, p. XIII. L'Autore elogia l'imponente *corpus* normativo, definendolo come «una macchina da guerra al servizio del cesarismo napoleonico e insieme uno strumento imperialistico di impressionante potenza». In termini analoghi si esprime E. PESSINA, *Manuale del diritto penale italiano*, cit., p. 108, secondo il quale il codice francese si caratterizza per «la sua tendenza a formule universali recise nella loro severità».

³⁶ Gli aumenti di pena variano a seconda che si tratti di una ricaduta da crimine a crimine (art. 56), da crimine a delitto (art. 57), da delitto a delitto (art. 57) oppure in materia contravvenzionale (artt. 474-478). In generale, si può sostenere che la sanzione può essere applicata nel *maximum* previsto dalla legge e, nei casi più gravi, si può addirittura giungere all'irrogazione della pena di morte. Le differenti conseguenze sanzionatorie si ritrovano in R. GAROFALO – L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, cit., pp. 839-840; P.T. PERSIO, *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 373-375. Il testo degli articoli, in lingua originale, è presente in Y. JEANCLOS, *La récidive: une pratique pénale en France du XVI^e au XIX^e siècle*, in AA.VV., *Le nouveau droit de la récidive. Actes du colloque du 25 janvier 2007 Université de Franche-Comté*, Paris, 2008, p. 38. Critico nei confronti della disciplina della recidiva nel codice del 1810 è I. MEREU, *Storia del diritto penale del '500. Studi e ricerche*, cit., p. 98, secondo il quale il legislatore non è riuscito nell'intento di eliminare «l'*arbitrium plenum* del giudice».

³⁷ In argomento si vedano *amplius* B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^e siècle*, in *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e – XX^e siècles)*, Paris, 1991, p. 319; A. VISMARA, *Della recidiva nei reati*, Firenze, 1871, pp. 32-34, il quale critica gli aumenti eccessivi che vengono riservati ai recidivi, ritenendoli privi di «una filosofica proporzionalità».

Il provvedimento francese, caldeggiato da gran parte dell'opinione pubblica, consegue all'alto tasso di criminalità presente durante tutto il XVIII secolo, che costituisce una fonte di viva apprensione nonché un'enorme piaga per la sicurezza sociale³⁸.

Sin da queste prime battute, è di tutta evidenza come tale istituto sia uscito dall'ombra in cui aveva vissuto nei secoli precedenti e, anzi, inizi a godere di una visibilità quasi inaspettata nel panorama penalistico: si pensi che lo stesso *Code pénal* dedica un intero *chapitre* alla disciplina della recidiva³⁹.

Gli studiosi cominciano ad analizzarne i tratti costitutivi, soprattutto per differenziarla dal più ampio concetto di reiterazione criminale, la *consuetudo delinquendi* o *perseverantia in crimine* alla quale da sempre veniva accomunata. La confusione dogmatica tra queste due figure, di cui una rappresenta il *genus* e l'altra la *species*, probabilmente era stata voluta e non era frutto di un'incapacità classificatoria da parte degli addetti ai lavori, poiché – com'è stato giustamente osservato – «la funzione punitiva si esplicava con più efficacia e maggiore speditezza non distinguendo tra recidiva e ripetizione di un crimine»⁴⁰.

Nel XIX secolo, invece, inizia a farsi strada l'idea di un delinquente incorreggibile, vero e proprio nemico della società, che non riesce a fermare i propri istinti criminosi neppure dopo il monito della sentenza irrevocabile per il primo delitto. È proprio il giudicato la «componente formale»⁴¹ necessaria per muovere un rimprovero maggiore al soggetto, mostratosi più volte insensibile all'autorità dello Stato.

Il crimine, quindi, non è più considerato solamente come un fenomeno individuale, ma colpisce direttamente l'intera società, che si sente vulnerabile e necessita di un'efficace difesa specialmente nei confronti dei recidivi. Questi ultimi devono potere essere facilmente riconosciuti e identificati, al fine differenziarli dalla

³⁸ Cfr., sul punto, Y. JEANCLOS, *La récidive: une pratique pénale en France du XVI^e au XIX^e siècle*, cit., p. 37, secondo il quale i recidivi incutono nella popolazione un forte sentimento di «*insécurité publique*».

³⁹ Ci riferiamo al *chapitre IV* del *livre I*, concernente «*des peines de récidive pour crimes et délits*».

⁴⁰ Così P. MARCHETTI, *Le "sentinelle del male": l'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, cit., pp. 1030-1031.

⁴¹ Si esprime così R. BARTOLI, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 887.

gran parte dei consociati onesti e incensurati, ma soprattutto per riservare loro il corretto trattamento sanzionatorio.

Non a caso in tale periodo si sente per la prima volta l'esigenza di creare una sorta di «anagrafe della criminalità»⁴², in grado di racchiudere ed elencare tutti i soggetti che si erano macchiati in precedenza di un delitto. Si badi bene che sono già presenti sistemi di identificazione dei condannati, seppure molto invasivi: ci si riferisce al sistema – di romana memoria – del marchio d'infamia, detto *flétrissure*, in vigore in Francia fino al 1832⁴³. Si vuole così rimarcare, in modo perpetuo e già sul piano fisico, la differenza intercorrente tra un comune cittadino e un pregiudicato, che conduce a un diverso trattamento giuridico e, forse, anche morale.

È del francese Bonneville de Marsangy l'innovativa proposta, avanzata verso la metà del XIX secolo, di concentrare tutte le notizie concernenti i precedenti penali di un soggetto nelle cancellerie dei tribunali del suo luogo di nascita, mentre per gli stranieri e per coloro la cui origini sia ignota si sarebbe costituito un casellario centrale a Parigi⁴⁴. Dopo soli due anni, il suggerimento di Bonneville si traduce in legge e nel 1855 avviene l'istituzione del casellario centrale.

Il successo nella “guerra al recidivo” è rapido e quasi inaspettato, tant'è che nel periodo immediatamente successivo all'emanazione della legge la percentuale dei pregiudicati nuovamente condannati aumenta notevolmente⁴⁵. Anche l'Italia

⁴² Cfr. C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in A. GARGANI (a cura di), *Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra sapere e attività umane*, Torino, 1979, pp. 87-91, il quale ripercorre inoltre i motivi che hanno portato alla creazione dei casellari giudiziali.

⁴³ Il primo codice penale francese, promulgato nell'ottobre del 1791, aveva abolito il marchio, il quale tuttavia era stato successivamente reintrodotta a causa delle difficoltà di riconoscimento dei pregiudicati e mantenuto anche dal codice napoleonico. La sua definitiva abolizione è sancita dalla legge del 28 aprile 1832. In argomento si veda *amplius* P. MARCHETTI, *Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo in Italia*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. Diritto in trasformazione. Giuristi, giudici, legislatori*, Milano, 2000, pp. 102-103.

⁴⁴ Cfr., sul punto, R. CANOSA, *Storia della criminalità in Italia (1845-1945)*, Torino, 1991, pp. 146-147, il quale ricostruisce puntualmente la vicenda francese in tema di casellari giudiziali. L'Autore sottolinea come l'idea di Bonneville de Marsangy viene utilizzata da modello anche in Italia, in particolare con l'iniziativa di Filippo Ambrosoli, procuratore del Re presso il tribunale di Milano. Si veda altresì B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle*, cit., pp. 320-322, nella parte in cui loda la scelta di abolire «une peine dont la barbarie avait été déjà reconnue par la révolution».

⁴⁵ Tale considerazione la si trova in G. DE NAVA, voce *Casellario giudiziale*, in *Dig. it.*, VI, Torino, 1926, p. 243. L'Autore ripercorre inoltre tutte le tappe che hanno portato all'adozione dei casellari giudiziali in gran parte dei Paesi europei nell'Ottocento.

non tarda ad adeguarsi all'efficiente modello francese e all'incirca un decennio dopo viene introdotto il casellario giudiziale nel nostro Paese, con il decreto 6 dicembre 1865, n. 2644⁴⁶.

La legislazione del tempo si muove quindi lungo due direttrici parallele ma complementari: da una parte si inaspriscono le sanzioni nei confronti dei recidivi, dall'altra si cerca di identificarli facilmente e far sì che le pene giungano effettivamente ai legittimi destinatari.

L'idea del delinquente irrecuperabile, nemico della società e per tale motivo da emarginare, viene portata fino alle estreme conseguenze nello Stato transalpino al termine del XIX secolo, con la famigerata legge del 27 maggio 1885⁴⁷. Preoccupato dal fallimento dell'efficacia deterrente della pena carceraria nei confronti dei soggetti che ricadevano nel crimine, il legislatore istituisce, quale sanzione accessoria, la *rélegation*, ovverossia la deportazione e allontanamento perpetuo nella colonia francese della Guyana per i recidivi incorreggibili che abbiano commesso una vasta gamma di illeciti⁴⁸.

Tale normativa, la cui entrata in vigore è richiesta a gran voce da politici e privati cittadini, introduce per la prima volta nel diritto positivo il concetto di stato pericoloso del delinquente, condannato e punito non solo per quello che aveva commesso in precedenza, ma anche per il pericolo futuro che la sua condotta fa temere alla società⁴⁹.

⁴⁶ Sul punto si rimanda a F. GIORDANI, voce *Recidiva*, cit., pp. 423-424.

⁴⁷ Analizza la legge francese sulla deportazione P. MARCHETTI, *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, 2008, pp. 111-114. L'Autore evidenzia come tale provvedimento sia frutto, in particolare, di alcuni gravi incidenti accaduti a Parigi nel marzo del 1883, che spingono i politici a presentare numerosi progetti di legge volti a introdurre la deportazione a tempo indeterminato per alcune categorie di recidivi: tra di essi, spicca per severità e rigore quello dell'allora ministro dell'interno Waldeck-Rousseau.

⁴⁸ Cfr. B. SCHNAPPER, *La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle*, cit., p. 337 ss., il quale ripercorre il tumultuoso iter parlamentare che portò all'emanazione di tale legge ed elenca i reati ai quali si applica la sanzione accessoria: in particolare, l'art. 4 della legge del 1885 prevede la relegazione per recidivi – ritenuti «*incorrigibles*» – che hanno subito due condanne per delitti contro la proprietà nell'arco di un decennio.

⁴⁹ Secondo J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., pp. 738-739, tale provvedimento rappresenta «*la première illustration de l'idée de mesure de sûreté éliminatrices*», fondate su «*une présomption absolue d'incorrigibilité*».

In una celebre petizione, sottoscritta nel 1880 da oltre sessantamila persone, emerge tutta la frustrazione e l'astio dei cittadini nei confronti dei recidivi, che devono essere confinati in una colonia penitenziaria agricola oltre il mare per tutta la loro esistenza. «Facendo così» – si legge in uno dei passi più significativi – «la Francia si libererebbe di un gran numero di miserabili, che metterebbe nella impossibilità di nuocere, permettendo loro di rigenerarsi con il lavoro»⁵⁰.

4. L'intenso dibattito dottrinale italiano

Gli echi delle dispute francesi attorno al trattamento da riservare ai delinquenti recidivi giungono anche nel nostro Paese, riportando all'attenzione della dottrina un tema a lungo dimenticato e ritenuto erroneamente «sterile»⁵¹.

Bisogna premettere che la dialettica tra gli autori penalisti italiani è assai vivace nei primi decenni dell'Ottocento, tant'è che, per l'ardore con il quale vengono affrontate problematiche cardine per tutti i consociati, si parla di una «penalistica civile»⁵². Alla luce dei nuovi postulati illuministi, infatti, si ripensano e ridiscutono temi classici come l'abolizione pena di morte, il sistema delle prove e la proporzionalità della pena con il delitto, al cui interno rientra senz'altro la disciplina della recidiva⁵³.

L'autore con le posizioni più estreme e radicali sul punto è Giovanni Carmignani, uno dei penalisti di maggior spicco della prima metà dell'Ottocento e

⁵⁰ Petizione dei Framassoni della Loggia Travail et Persévérante Amitié di Parigi, il cui testo, in lingua italiana, è interamente reperibile in R. GAROFALO – L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, cit., pp. 841-842.

⁵¹ Utilizza criticamente tale espressione F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1870, p. 127.

⁵² Così M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, p. 157, il quale sottolinea come della discussione dottrinale facciano parte anche la forma del processo e la presenza della giuria, i compiti della magistratura e i poteri della polizia.

⁵³ Un completo quadro delle varie posizioni dottrinali in campo, a partire da quella "classica" di Francesco Carrara, è presente in I. GREGORI, *Recidiva e abitudine nella dottrina e nella legge*, Roma, 1923, p. 27 ss.; D. CAIAZZO, *La recidiva (abitudine, professionalità, tendenza a delinquere)*, cit., p. 25 ss.

illustre rappresentante dei «preclassici»⁵⁴. Ad onor del vero, le sue idee subiscono notevoli evoluzioni nel corso del tempo, poiché nei suoi lavori giovanili ritenne giustificato l'aumento di pena nei confronti dei recidivi, i quali si erano macchiati della commissione di un ulteriore delitto e avevano così dimostrato la loro perseveranza nel crimine⁵⁵.

Nella sua piena maturità, invece, si avvicina molto alle teorie “abolizioniste” francesi, le quali, pur nelle loro differenze, avevano evidenziato i motivi che rendevano l'istituto della recidiva incompatibile con i principi fondamentali di un diritto penale moderno, orientato al singolo fatto di reato⁵⁶.

In una delle sue opere più importanti, il «penalista professionale»⁵⁷ sottolinea l'importanza di rivolgere lo sguardo esclusivamente verso il singolo comportamento criminoso, da sanzionare in un'ottica strettamente retributiva, mentre nessun aumento è giustificabile in relazione alla commissione del secondo delitto. Il reato, infatti, non è più grave in relazione alla sua componente oggettiva poiché «se i due delitti fossero stati commessi da altri che da lui, il danno sarebbe stato lo stesso, né vi sarebbe titolo per la esasperazione della pena»⁵⁸.

L'istituto della recidiva, inoltre, violerebbe uno dei principi cardine del processo penale, ovverosia il *ne bis in idem*: se si legittimasse un inasprimento di pena a causa del precedente delitto, allora si autorizzerebbe il giudice a riesaminare la pregressa condotta criminosa, nonostante la stessa sia già cristallizzata all'interno del giudicato⁵⁹. Detto altrimenti, la sentenza di condanna costituisce una forza

⁵⁴ Li definisce così D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione*, in *Dir. pen.* XXI sec., 2011, p. 334.

⁵⁵ Cfr., sul punto, G. CARMIGNANI, *Juris criminalis elementia* (1808), I, Macerata, 1829, in particolare pp. 129-132.

⁵⁶ Ripercorre il pensiero della corrente abolizionista francese – nella quale spiccano autori come Jean Carnot, Isidore Alauzet e Joseph Claude Tissot – G. MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910, p. 233 ss. In argomento si veda anche G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, III ed., Bologna, 1939, pp. 517-518.

⁵⁷ Descrive in questi termini Giovanni Carmignani, M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, cit., p. 150. L'Autore vuole sottolineare come durante i primi decenni dell'Ottocento iniziano a nascere in Italia le prime figure professionali di penalisti, ovverosia di specialisti di un settore così complesso all'interno della scienza giuridica.

⁵⁸ Si esprime così G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Napoli, 1831, p. 133.

⁵⁹ Cfr. ancora G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, cit., pp. 131-132.

uguale e contraria al reato, la quale quindi ristabilisce e riafferma il diritto leso dalla condotta criminosa, riportando un «equilibrio nella umana giustizia»⁶⁰ e rendendo inutile l'aumento per la recidiva.

Le teorie di Carmignani trovano alcuni sostenitori tra gli autori italiani, i quali pur con argomentazioni diverse, giungono al medesimo risultato⁶¹; tuttavia nel panorama nazionale la dottrina è perlopiù intenta a cercare una giustificazione razionale all'aumento di pena nei confronti dei recidivi: in tal senso, spicca la figura di Pellegrino Rossi, l'autore che più di altri si batte per difendere la legittimità dell'istituto⁶².

Il brillante uomo politico italiano elabora il concetto di "scala penale", che si basa sulla gravità del reato e sulla probabilità della sua commissione. Nella nozione di probabilità, che ha una valenza sia oggettiva che soggettiva, rientra anche lo stato morale il quale, nell'ipotesi di recidiva, non può che essere caratterizzato da una «colpabilità speciale»⁶³. Proprio per questo motivo, l'aumento di pena si rende necessario per colui che ricade nel crimine ed è giustificato non con riguardo al primo delitto, ma esclusivamente in relazione alla gravità del secondo, nel quale si riscontra un'imputabilità accresciuta.

In una posizione per così dire mediana si colloca Francesco Carrara, il quale, nel suo famoso saggio⁶⁴, cerca di conciliare posizioni apparentemente agli antipodi.

⁶⁰ Tale espressione appartiene a G. MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, cit., p. 235.

⁶¹ Tra i più importanti spicca sicuramente A. BUCCELLATI, *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884, p. 220, il quale sostiene come «nella realtà il primo fatto punito non è più ed il secondo non può farlo rivivere come circostanza aggravante. Non trovo dunque ragione perché un codice abbia a tenere speciale calcolo della recidiva». Possiamo ricordare, inoltre, G. GIULIANI, *Istituzioni di diritto criminale*, Macerata, 1840, pp. 357-359; G. ORANO, *La recidiva nei reati: studio sperimentale*, Roma, 1883 (in particolare cap. III); M. PAGANO, *Principi del codice penale*, Lugano, 1832, p. 32, il quale afferma che «la pena interamente cancella ed estingue il delitto ed il reo, che l'ha sofferta, torna innocente. Perciocché quando egli oltrepassò la linea con la violenza, altrettanto ha retroceduto con la pena, onde si rimette nel giusto equilibrio. E quindi per quel delitto, per cui siasi una volta sofferta la pena, molestar non si può più il cittadino».

⁶² Il pensiero di Pellegrino Rossi lo si ritrova esplicitato in P. MARCHETTI, *Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo in Italia*, cit., pp. 41-42.

⁶³ Cfr. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829, p. 434 parla espressamente di «cupabilité spéciale, morale et politique».

⁶⁴ Ci riferiamo a F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., p. 127 ss.

Da una parte, infatti, si schiera con i preclassici poiché non condivide l'idea di un aggravamento della colpevolezza, che è la medesima sia nel delinquente primario che nel recidivo. Lì tuttavia terminano i punti di contatto con gli autori che negano l'aumento di pena per i recidivi poiché – nel pensiero del Maestro toscano – esiste un fondamento giuridico, tale da rendere legittimo l'istituto. La soluzione si trova però al di fuori dei confini della struttura tipica del reato – che è costituita da due elementi, ovverosia la forza fisica e la forza morale – poiché la recidiva dovrebbe più correttamente essere inquadrata come una causa aggravante la pena.

Le sanzioni previste – così si legge in uno dei passi argomentativi più convincenti – si rivelano «adeguate» per la gran parte dei consociati, che, una volta scontate, non delinquono più. Il problema si pone allora per quella minoranza di individui nei confronti dei quali le pene si sono manifestate come «relativamente insufficienti», non avendo prodotto l'effetto salutare che il legislatore si augurava. Proprio nei loro confronti allora urge un trattamento più severo, più energico, «alla foggia del medico che prescrive un secondo farmaco più efficace quando il primo fu inoperoso»⁶⁵.

L'idea della recidiva quale aggravante la pena non è poi così innovativa⁶⁶, tuttavia il grande merito è quello di aver fornito un solido fondamento giuridico, dato dallo stretto legame intercorrente tra la pena inflitta e il reo. Proprio tale aspetto serve a restringere l'ambito di applicazione dell'istituto ai soli casi in cui vi

⁶⁵ Tale immagine evocativa è presente in F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, cit., pp. 131-132.

⁶⁶ L'idea della recidiva come causa aggravante la pena è presente anche in E. BRUSA, *Studi sulla recidiva*, Milano, 1866. Nell'opera, l'Autore sostiene come l'aumento non debba ricondursi alla maggiore o minore perversità del reo (pp. 26-27), ma al contempo critica le tesi di coloro che vogliono espungere l'istituto della recidiva dal codice penale (p. 30). Le posizioni di Brusa divergono su un punto da quelle di Carrara: per il primo il vero recidivo, che merita un aumento di pena, è quello "abituale", ovverosia colui che ha intrapreso la via del crimine come un mestiere o una professione, contro il quale «la repressione attuale pare insufficiente» (p. 134). Le posizioni dell'Autore si consolidano negli anni della maturità, tant'è che, un decennio dopo, ripercorre le argomentazioni sviluppate nel precedente saggio dinanzi al Congresso penitenziario internazionale di Stoccolma con una relazione intitolata *Quale sarebbe il miglior mezzo per combattere la recidiva* (cfr. P. MARCHETTI, *Le "sentinelle del male": l'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, cit., p. 1037, nt. 71). In seguito, l'idea della recidiva quale aggravante la pena è accolta da P. ELLERO, *Opuscoli criminali*, Bologna, 1874, p. 323, il quale sostiene che «ciò che persuade ad aggravare la pena del recidivo è principalmente la constatazione pratica indubitata che per lui sarebbe insufficiente la pena ordinaria».

sia stata una piena completa esecuzione della condanna: recidivo è solamente colui che ricade nel crimine dopo avere patito sulla propria pelle le sofferenze della sanzione comminata.

Il pensiero del giurista lucchese viene molto apprezzato nei decenni successivi, tuttavia a ciò non fa seguito la lettera del primo codice unitario, nel quale non si differenzia la figura di recidiva c.d. vera da quella c.d. finta. Prima di analizzare la disciplina prevista nello Zanardelli, tuttavia, pare interessante volgere rapidamente lo sguardo sulle differenti ipotesi ricostruttive previste dai testi normativi elaborati prima dell'Unità d'Italia.

5. Il variegato panorama dei Codici preunitari

Se le divergenze all'interno della dottrina italiana sono certamente ragguardevoli in merito al trattamento da riservare ai recidivi, anche i Codici preunitari – tra i quali analizzeremo solamente i più significativi – mostrano un'estrema eterogeneità di soluzioni proposte al riguardo⁶⁷.

Primo tra tutti il poco armonico codice veronese del 1797, permeato in parte dallo spirito rivoluzionario francese, ma non ancora redatto con gli strumenti raffinati tipici delle esperienze codificatorie dei primi decenni dell'Ottocento. Il testo, infatti, si divide in venti capitoli – suddivisi a loro volta in numerosi articoli – ognuno dei quali disciplina un singolo reato o un gruppo di reati omogenei⁶⁸, tra i quali tuttavia non sono presenti l'appropriazione indebita, l'usura e le lesioni personali. La lacuna più evidente, in realtà, è un'altra poiché la «grande assente»⁶⁹

⁶⁷ Un quadro complessivo di tutti i codici preunitari lo si ritrova in F. CALLAIOLI, *La recidiva dal periodo rivoluzionario alle riforme del Codice napoleonico del 1810*, in *Codice dei delitti e delle pene per il regno d'Italia (1811)*, ristampa anastatica, Padova, 2002, p. CXIX ss.; F. GIORDANI, voce *Recidiva*, cit., pp. 394-397; *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993; F. PUGLIA, *Della recidiva*, in *Enc. dir. pen. it.* (a cura di E. PESSINA), vol. V, Milano, 1904, pp. 696-700. Estremamente apprezzabile l'analisi in chiave storica svolta anche da V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, pp. 1-35.

⁶⁸ L'elenco completo dei titoli dei capitoli è presente in T. PADOVANI, *Note sul Codice penale veronese del 1797*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il Codice penale veronese (1797)*, Padova, 1996, pp. CX-CXI.

⁶⁹ La definisce in tal modo P. PITTARO, *Il codice penale veronese: un'ipotesi tra parvenza e realtà*, in *Il Codice penale veronese (1797)*, cit., p. CXLIV. In realtà nel Capitolo XX, rubricato "Conclusione", sono presenti

è la parte generale del codice, ricostruita solo in seguito dagli studiosi tramite l'analisi dei singoli illeciti.

In tale contesto emerge, chiaramente, una figura speciale e frammentata di recidiva, idonea ad aggravare – e non di poco – le sanzioni comminate ad alcuni reati: così il ladro nuovamente colto in fallo patisce una duplicazione di pena, il danneggiatore di raccolti una detenzione carceraria triplicata in caso di ricaduta.

Emblematico il caso del gioco d'azzardo, visto di cattivo occhio dal legislatore veronese e sanzionato pesantemente, in quanto conduce direttamente «alla ruina delle famiglie»; il giocatore incallito, insensibile ai moniti dell'ordinamento, viene addirittura condannato a un periodo di deportazione non inferiore a due anni⁷⁰.

Per giungere ad una riflessione più sistematica sia sulla recidiva che sugli altri istituti fondamentali del diritto penale non occorre attendere molto tempo.

Il XIX secolo porta con sé una ventata di novità, scaturita dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino⁷¹ e dalla magistrale opera di Cesare Beccaria⁷², per cui è la parte generale a essere il vero nocciolo duro delle codificazioni. Lì emergono con chiarezza i principi regolatori della materia, in particolare la specifica disciplina della tipologia e dell'applicazione delle pene, sottratte all'arbitrio giudiziale tipico dell'*ancien régime* e riportate sotto l'egida della legalità, della proporzionalità e della certezza.

Se queste sono le premesse, si capisce come la recidiva – assieme a istituti quali la complicità, il reato mancato o tentato e la reiterazione – giochi un ruolo di

tre norme, che oggi ricomprenderemmo nella parte generale del codice, ovverossia una clausola di integrazione analogica, la disciplina dell'ubriachezza e della minore età agli effetti della legge penale.

⁷⁰ Cfr. Capitolo XV, art. 1 del Codice penale veronese.

⁷¹ La Dichiarazione fondamentale dei diritti dell'uomo e del cittadino è un testo giuridico, elaborato nel corso della Rivoluzione francese ed entrato in vigore il 26 agosto 1789: al suo interno vi è una solenne enunciazione dei diritti dell'uomo fondamentali e insopprimibili da parte dello Stato.

⁷² Ci si riferisce al celebre libro di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), ristampa a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973. Il diritto penale – nel pensiero dell'Autore – non deve prefiggersi di realizzare un astratto modello morale, ma deve realisticamente proteggere dei beni umani fondamentali, qualora gli altri strumenti di tutela si rivelino inidonei. Delitti e pene, inoltre, devono essere individuati con chiarezza prima della commissione del fatto, in modo tale da permettere al cittadino di orientarsi tra ciò che è lecito e ciò che al contrario è vietato. La pena, infine, deve essere retributiva, deve cioè colpire l'autore del reato in misura proporzionale alla gravità del fatto commesso e non superare il limite necessario per impedire la consumazione di un nuovo illecito.

prim'ordine all'interno del più ampio ragionamento sui diversi gradi di punibilità penale⁷³.

Nel Codice penale per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 – per la verità non troppo studiato e approfondito dalla dottrina⁷⁴ – il legislatore dedica addirittura l'intera Sezione V del Libro Primo, composta da dieci articoli, alle regole per sanzionare coloro che ricadono nel delitto⁷⁵.

La figura che ne esce è estremamente evoluta e rispecchia l'idea napoleonica di un'aspra lotta contro il criminale, necessaria per offrire una protezione efficace alla società. Recidivo è colui che commette un qualsiasi reato dopo aver ricevuto una precedente condanna passata in giudicato, a nulla rilevando l'avvenuta espiazione o meno della sanzione comminata⁷⁶; l'istituto trova quindi un'applicazione obbligatoria e generalizzata, comportante un aumento di pena di un grado per il nuovo illecito⁷⁷.

Il medesimo approccio è seguito nel famoso Codice per lo Regno delle Due Sicilie, entrato in vigore un anno prima di quello parmense e la cui parte seconda è

⁷³ Cfr. sul punto S. VINCIGUERRA, *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio: le "Leggi penali" delle Due Sicilie*, in AA.VV., *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819). Parte seconda: Leggi penali*, Padova, 1996, p. XXVI. L'Autore sottolinea anche come il metodo della gradazione della pena, oltre a delimitare l'arbitrio giudiziale, servisse a promuovere lo sviluppo di una cultura giuridica della proporzione della sanzione, attuando in tal modo uno dei principi fondamentali teorizzati in età illuminista.

⁷⁴ Tale considerazione critica è di A. CADOPPI, *Il Codice penale parmense del 1820*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit., p. 197. Secondo l'Autore, il codice penale ha avuto alterne fortune, a differenza di quello civile, emanato a Parma sempre nel 1920 e oggetto di «unanime lodi». Ciò è probabilmente dovuto al fatto che la parte generale del codice penale parmense non è ancora molto sviluppata, si concentra moltissimo sulle pene, ma trascurava la fondamentale analisi della struttura dell'illecito.

⁷⁵ La Sezione V è rubricata "De' recidivi" e si compone degli artt. 89-98. Il testo del codice è stato recentemente pubblicato in *Codice penale per gli stati di Parma Piacenza e Guastalla (1820)*, ristampa anastatica, Padova, 1991, con presentazione iniziale di A. CADOPPI, *Il codice penale di Maria Luigia*.

⁷⁶ L'art. 97 del codice testualmente prevede che «le pene imposte a' recidivi avranno luogo pel solo fatto dell'antecedente loro condanna passata in giudicato»: è così prevista una recidiva c.d. finta.

⁷⁷ Si badi bene che fino all'entrata in vigore del Codice Zanardelli, la tecnica di configurazione delle comminatorie edittali non prevede un minimo e un massimo all'interno dei quali il giudice può liberamente spaziare, ma si articola in un meccanismo più complesso, che si fonda su una suddivisione in gradi o quote. Stabilita la pena base, si determina successivamente la misura dell'aumento o della diminuzione derivante dall'applicazione delle varie circostanze oggettive e soggettive, tenendo sempre quale parametro di riferimento il grado. Approfondisce tale macchinoso procedimento A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origini, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2010, pp. 467-468.

interamente dedicata alle leggi penali⁷⁸. Il *corpus* normativo, modello per i successivi codici preunitari, non rompe la continuità della recente tradizione francese, anche se si differenzia per un trattamento sanzionatorio generalmente più mite⁷⁹.

Per quello che più interessa la nostra trattazione, si può osservare come la recidiva, assieme alla reiterazione, sia contenuta nell'ultimo capitolo del Libro I⁸⁰, con una disciplina che ne valorizza al massimo l'applicazione. Dall'art. 80 emergono i caratteri fondanti dell'istituto, ovverosia la genericità, la perpetuità e l'obbligatorietà: la formulazione non dà adito a contrasti interpretativi dal momento che considera «recidivo chiunque, dopo esser stato condannato per un reato, commetta altro reato».

Non è prevista la recidiva specifica, dal momento che per i codificatori napoletani non si deve considerare più perverso un uomo proclive a colpe di una data specie rispetto a colui che è genericamente disposto a commettere un qualsiasi illecito. Lo stesso discorso può essere fatto per la temporaneità: il marchio d'infamia è perpetuo, per cui il decorso del tempo non fa venire meno il disvalore della precedente condanna e non consente di elidere l'aumento sanzionatorio per la ricaduta criminosa; unica eccezione, prevista dal successivo art. 84, concerne le contravvenzioni, per le quali è necessario che il giudicato sia stato pronunciato non oltre i sei mesi precedenti.

L'aggravio sanzionatorio è molto variabile: può condurre, in relazione al caso in esame, ad una pena maggiore, al *maximum* edittale e persino alla morte, qualora sia l'ergastolano a ricadere nel crimine (art. 81).

⁷⁸ Si tratta infatti di un unico codice, in vigore dal primo settembre 1819 e diviso in cinque parti: leggi civili, legge penale, legge della procedura nei giudizi civili, legge della procedura nei giudizi penali, legge di eccezione per gli affari di commercio.

⁷⁹ La contiguità con il Codice napoleonico è dovuta al fatto che quest'ultimo, dopo essere stato tradotto in italiano, entra in vigore in tutto il territorio del Regno il primo ottobre del 1812. Ripercorre le numerose tappe che portano all'adozione del testo del 1819 A.M. STILE, *Il Codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit., pp. 183-190.

⁸⁰ Il Libro I è intitolato "Delle pene e delle regole generali per la loro applicazione ed esecuzione"; al suo interno, nel Capitolo VI, gli artt. 78-91 si occupano "Della recidiva e della reiterazione". Analizza puntualmente le disposizioni in materia di recidiva V. PATALANO, *Sulle "Leggi penali" contenute nella Parte seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, in AA.VV., *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819). Parte seconda: Leggi penali*, Padova, 1996, pp. LXIII-LXIV.

Come si è cercato di mettere in luce, il regime previsto per i recidivi nelle varie codificazioni nazionali è alquanto rigoroso e discende direttamente dall'opzione intimidatrice caratterizzante il cesarismo napoleonico, per cui lo Stato, nelle vesti di un legislatore penale intransigente, si fa garante dell'incolumità e della sicurezza dei cittadini.

Tuttavia, un modello alternativo è presente all'interno della penisola italiana, in particolare nel Granducato di Toscana, dove già alla fine del XVIII secolo era intervenuta una pregnante modifica della legislazione criminale tramite il codice del 1786, denominato anche "Leopoldina"⁸¹.

La riforma è il terreno fertile per l'esplosione della cultura penalistica toscana durante l'Ottocento, periodo nel quale si contendono il campo due figure di altissimo profilo, come Giovanni Carmignani e Francesco Carrara, autori che con le loro opere influenzeranno il pensiero del successivo codice, il quale vede la luce nel 1853, a seguito di interminabili lavori preparatori, iniziati circa un trentennio prima⁸². L'importanza del Codice penale per il Gran Ducato è data non solo dal suo contenuto liberale, ma anche e soprattutto dalle successive vicende italiane: come è noto, infatti, il testo rimane in vigore, limitatamente alla Toscana, ben oltre l'Unità d'Italia, sino alla pubblicazione del Codice Zanardelli⁸³.

⁸¹ Tale denominazione discende dal più grande fautore dell'opera, il granduca Pietro Leopoldo. Nel testo sono recepiti per la prima volta gli ideali illuministi e il pensiero di Cesare Beccaria, tuttavia non è chiaro se si tratti del primo "codice" in senso moderno o dell'ultima "consolidazione" tipica dell'*ancien regime*. Sul punto si veda T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit., pp. 398-400. Evidenziano il carattere liberale del Codice toscano, B.M. CECCHINI, *Il reato e la condanna nel sistema della Leopoldina. Mutamenti e variazioni nella struttura della pena (1781-1790). Prime note*, in L. BERLINGUER – F. COLAO, *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, vol. XII, Milano, 1991, pp. 263-264; G.M. FLIC, *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2535, il quale si sofferma anche sulla disciplina della progressione sanzionatoria per la recidiva.

⁸² Il primo progetto infatti risale al 1824, seguito dal progetto Puccioni del 1838 e infine da quello del 1847, che porta all'adozione del testo definitivo nel 1853. Ripercorre in maniera puntuale l'iter legislativo M. DA PASSANO, *La codificazione penale nel Granducato di Toscana (1814-1860)*, in *Codice penale per il Granducato di Toscana (1853)*, ristampa anastatica, Padova, 1993, p. XXIX ss.

⁸³ All'indomani del 1865, la legislazione penale nel neonato Stato è suddivisa in una tripartizione alquanto anomala: il Codice sardo-piemontese viene esteso alle regioni centro-settentrionali annesse; lo stesso, seppur modificato e integrato, regola la materia nella Sicilia e nel Mezzogiorno. Nel territorio toscano, invece, rimane in vigore il Codice del 1853, con una sola modifica: alla pena di morte viene sostituita, nel 1860, la reclusione perpetua con segregazione cellulare. In argomento si veda *amplius* P. MARCHETTI, *Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo in Italia*, cit., pp. 38-39.

La recidiva trova un posto centrale all'interno della sistematica del diritto penale ed è collocata in un titolo autonomo e distinto da quello concernente "il concorso di più pene", dove è prevista una disciplina assai mite⁸⁴. L'aumento di pena, che può giungere sino alla metà per il nuovo reato, riguarda solamente i soggetti che commettono «un altro delitto doloso della medesima specie», sempreché non siano trascorsi più di dieci anni dalla precedente condanna alla casa di forza ovvero cinque da quelle a sanzioni minori; non solo, il condannato, per subire l'aggravio previsto dall'art. 82, deve avere in precedenza «espiato pienamente la pena».

Riecheggia nel testo il già citato pensiero di Carrara in merito alla «insufficienza relativa» della sanzione, che non è stata idonea dal distogliere il reo dai suoi propositi criminosi⁸⁵. In assenza dell'espiazione della punizione, quindi, non si può avere la prova della sua inefficacia, di talché la perversione dimostrata dal reo, tramite la ricaduta nel crimine, non può essere suscettibile di una riprovazione maggiore di quella di colui che violi per la prima volta la legge.

L'istituto, dai caratteri liberali e classici, è dunque destinato ad avere un'applicazione ben più circoscritta rispetto alle omologhe figure previste negli altri codici preunitari, poiché connotato dai caratteri di specificità, temporaneità e necessaria espiazione della pena precedentemente inflitta; d'altra parte – come vedremo nel proseguo del lavoro – è senza dubbio la figura più simile a quella prevista dal Codice Zanardelli.

Prima di addentrarci nell'analisi di quest'ultimo, non possiamo sottacere dell'originale scelta effettuata nel Principato di Piombino, il cui codice penale del 1808 è caratterizzato per molti aspetti da «notevole modernità»⁸⁶, ma è alquanto

⁸⁴ Il Titolo VIII è rubricato "Della recidiva" e, al suo interno, gli artt. 82-85 disciplinano il trattamento sanzionatorio per colui che ricade nel crimine dopo la sentenza irrevocabile di condanna.

⁸⁵ Pare opportuno sottolineare l'influenza dell'idea di Carrara, anche se quest'ultimo non ha partecipato alla commissione nominata dal Granduca Leopoldo II per la redazione del codice, in quanto cittadino del confinante ducato di Lucca. Così T. PADOVANI, *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, cit., p. 401.

⁸⁶ Così F. CALLAIOLI, *La recidiva dal periodo rivoluzionario alle riforme del Codice napoleonico del 1810*, cit., p. CXIX.

confusionario quando si occupa del recidivo⁸⁷. L'aumento di pena per quest'ultimo, infatti, viene irrogato a prescindere dalla circostanza che sia intervenuta o meno una sentenza di condanna per il primo reato.

Tale soluzione, a dire il vero assai singolare e anacronistica, non trova seguito in nessun altro codice coevo, dal momento che fa rientrare la recidiva nella più generale figura della reiterazione criminosa, la c.d. *consuetudo delinquendi* tipica del diritto comune. A riprova di ciò, l'art. XLI, in tema di concorso materiale di reati, prevede l'applicazione delle norme «stabilite nel titolo concernente i recidivi» per disciplinare il trattamento sanzionatorio del criminale: così facendo, tuttavia, i due istituti perdono autonomia, i loro confini divengono così labili da non essere facilmente distinguibili.

Tale ultimo passaggio ci permette di trarre una considerazione di carattere generale, che riprenderemo più volte nel corso del lavoro: solo attraverso la valorizzazione dell'elemento formale – *id est* la condanna irrevocabile, forte monito nei confronti del già reo – la recidiva ha senso di esistere quale istituto di diritto penale, studiato e approfondito perché dotato di una propria autonomia concettuale e dogmatica.

6. In cammino verso il Codice Zanardelli

Il Regno d'Italia nasce nel 1861 sotto il segno dell'emergenza sociale e dell'incertezza giuridica.

Per ciò che concerne il primo aspetto, l'insurrezione di parte della popolazione meridionale, passata alla storia come il fenomeno del brigantaggio, mette in seria crisi l'unità del Paese appena realizzata. La risposta della classe dirigente non si fa attendere e viene realizzata tramite una legislazione eccezionale,

⁸⁷ Il testo del codice è stato recentemente pubblicato in *Codice penale per il Principato di Piombino (1808)*, ristampa anastatica, Padova, 2001.

dal carattere rigorosamente punitivo, necessaria per sedare sul nascere le ribellioni⁸⁸.

Dal punto di vista più prettamente penalistico, la situazione si presenta alquanto frastagliata, dal momento che all'unità politica non è seguita quella giuridica⁸⁹. All'interno della penisola italiana, infatti, fino al 1889 vi è la coesistenza di tre diversi codici penali, destinati a regolare la materia in aree territoriali ben definite. Quello quantitativamente più importante è il Codice sardo-piemontese del 1859⁹⁰, in vigore nell'intera Italia centro-settentrionale ma anche, con alcune modifiche e integrazioni, nel meridione: si parla, non a caso e non senza polemiche, di «piemontesizzazione»⁹¹ dell'Italia.

Tale anomala tripartizione non può durare a lungo in uno Stato che cerca di trovare un'unione e una coesione sociale anche attraverso il diritto, così, già dal 1863, si fa pressante l'esigenza di una profonda riforma del sistema penale.

In questo scenario in trasformazione, la recidiva si colloca in una posizione centrale, poiché viene affrontata dalle numerose commissioni che si susseguono a cavallo della metà del XIX secolo⁹², dal primo progetto De Falco del 1866, passando

⁸⁸ Si sofferma su tale aspetto M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 195-196, il quale definisce il fenomeno delle insurrezioni nel meridione come una «mortale emergenza». Si veda anche D. ADORNI, *Il brigantaggio*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, pp. 283-306.

⁸⁹ La mancata adozione di un codice penale unitario risalta ancora di più se si pensa che in tutte le altre materie si riesce a promulgare un codice unitario: nel 1865 vengono alla luce, infatti, sia il codice civile e del commercio che quelli di procedura civile e di procedura penale, fino alle fondamentali leggi amministrative. Si sofferma, criticamente sul punto G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del corso di diritto penale*, Milano, 1975, pp. 1-3.

⁹⁰ Il Codice penale sardo-piemontese viene promulgato nel 1859 e sostituisce il precedente Codice albertino del 1839. Entrambi seguono pedissequamente il modello francese tracciato da Napoleone e pongono al centro del ragionamento giuridico la pena, che è il metro di riferimento di ogni singolo istituto penalistico. Approfondisce tali aspetti S. VINCIGUERRA, *I Codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in AA.VV., *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit., pp. 359-361.

⁹¹ La definisce così C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865 – 1942*, Roma-Bari, 1994, p. 17.

⁹² Ripercorre puntualmente l'evoluzione della disciplina della recidiva nei vari progetti di riforma del codice penale R. GAROFALO – L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, cit., pp. 865-871; F. GIORDANI, voce *Recidiva*, cit., pp. 396-399; F. PUGLIA, *Della recidiva*, cit., pp. 699-705. Per un'analisi più generale dei vari progetti di riforma si veda G. VASSALLI, voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 264-268, il quale evidenzia che uno dei nodi più controversi da sciogliere riguarda il mantenimento o l'abolizione della pena di morte. Per un riepilogo sistematico dei vari progetti che si sono succeduti nel XIX secolo si vedano E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 387-392.

per quello a firma del ministro Vigliani, fino a giungere al progetto Zanardelli. I lavori preparatori mostrano estrema chiarezza su un punto: le teorie “abolizioniste”, di origine francese e seguite marginalmente anche in Italia, sono superate definitivamente, in quanto incapaci – come è facile immaginare – di offrire un’adeguata risposta repressiva al timore di una criminalità avvertita come in continuo aumento⁹³.

La recidiva, infatti, deve essere necessariamente considerata come una circostanza comportante un trattamento sanzionatorio più rigoroso; tuttavia, se fin qui vi è unanimità di vedute, lo stesso non può dirsi quando si dibatte sul suo fondamento.

Nella disputa tra i giuristi prevale la posizione dell’onorevole Zanardelli, il quale, nella Relazione al progetto, sostiene come la vera ragion d’essere dell’istituto si rinvenga nel maggiore allarme sociale che desta chi ricade nel crimine e che «per tal guisa si dimostra più pericoloso»⁹⁴. L’aggravante quindi non si riferisce alla pena, ma all’imputazione che è accresciuta nell’elemento politico o sociale, poiché il reo si dimostra più volte insensibile alla legge e così facendo accresce il sentimento di insicurezza nella società.

In queste parole un attento lettore non può non notare il riferimento al concetto di pericolosità sociale, che verrà sviluppato e portato sino all’eccesso nelle correnti di pensiero dei decenni successivi, in particolare con la classificazione dei delinquenti in categorie. Tuttavia non si può affermare che i germi illiberali si insinuino già nel Codice Zanardelli, la cui matrice resta ancora illuminista e liberale⁹⁵. Le conseguenze sanzionatorie del reato sono proporzionate e calibrate al

⁹³ Cfr., sul punto, D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola Positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione*, cit., pp. 334-335, nella parte in cui critica le teorie abolizioniste, in quanto non idonee a sanzionare «l’intollerabilità sociale (e perciò politica) del ritorno del reo sul luogo del delitto».

⁹⁴ Cfr. G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale sul Libro Primo del progetto di Codice penale presentato alla Camera dei deputati nel 22 novembre 1887*, Torino, 1888, p. 251.

⁹⁵ Si può infatti affermare che, in generale, il sistema sanzionatorio del 1889 sia caratterizzato da una tendenziale mitezza, come emerge chiaramente dal rifiuto della pena di morte, dei lavori forzati, delle sanzioni infamanti e di qualsivoglia trattamento afflittivo in fase esecutiva. Sulle scelte normative fondamentali effettuate nel Codice Zanardelli si veda *amplius* S. MOCCIA, *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell’Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, cit., pp. 570-575.

fatto commesso, il ruolo della personalità dell'individuo – che pure fa capolino nell'universo penalistico – rimane sullo sfondo.

La disciplina della recidiva, in particolare, è di tono minore, ricalca in gran parte le scelte effettuate in precedenza nel Granducato toscano, ma se ne discosta per una connotazione⁹⁶. L'aggravio sanzionatorio è lieve, discende direttamente dal mero riscontro che la precedente sentenza sia passata in giudicato non oltre un decennio dal momento della commissione del nuovo delitto, a nulla rilevando l'avvenuta espiazione o meno della condanna.

L'ultimo aspetto, oggetto di vivaci contrapposizioni e di altalenanti soluzioni nel corso dei vari progetti⁹⁷, ribadisce come ciò che unicamente conti sia lo «ostinato disprezzo della legge»⁹⁸ e del magistrato dal parte dell'autore del reato e, inoltre, serve a evitare ingiuste sperequazioni, come nel caso dei latitanti o di coloro che comunque si sono sottratti all'esecuzione della condanna, che andrebbero esenti dall'aumento in caso di recidiva c.d. vera.

Proprio perché il maggior disvalore si ricollega immediatamente con il precedente monito cristallizzato nel giudicato, è coerente che tale forza intimidatrice scemi con il decorso del tempo: a ragion veduta, l'art. 80 del codice del 1889 prevede quindi una recidiva temporanea, i cui effetti non possono prodursi oltre i dieci anni dal primo arresto⁹⁹. Colui che, dopo essere stato redarguito dall'ordinamento, per lungo tempo tiene una buona condotta viene in un certo senso perdonato dallo Stato e non è equiparato a chi ricade nel reato immediatamente.

La scelta è razionale, si vuole evitare che la recidiva si trasformi in uno *status* che accompagna il reo durante tutta la sua esistenza. A fondamento di ciò, si adduce

⁹⁶ L'istituto è disciplinato all'interno del Libro I, Titolo VIII, negli artt. 80-84.

⁹⁷ Lo stesso Zanardelli, nel primo progetto presentato nel 1883, aveva sostenuto una tesi opposta a quella adottata nella versione definitiva del 1889. Ai sensi dell'art. 70 del citato progetto, infatti, è considerato recidivo «chiunque, scontata la pena per un delitto» ne commette un altro.

⁹⁸ G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale sul Libro Primo del progetto di Codice penale*, cit., p. 251. L'idea di un ostinato disprezzo della legge e della giustizia torna anche in G.B. IMPALLOMENI, *La recidiva secondo il nuovo codice penale italiano*, in *Riv. pen.*, 1889, p. 227.

⁹⁹ L'art. 80 in realtà opera una distinzione: il termine di dieci anni si ha qualora la prima condanna sia stata superiore ai cinque anni di durata; negli altri casi, il termine si riduce alla metà.

anche un importante argomento giuridico: così come il tempo fa sì che si prescrivano i delitti, allo stesso modo si deve porre un termine, trascorso il quale «si prescrive il diritto a computare la condanna per la recidività»¹⁰⁰.

Per quanto riguarda il profilo sanzionatorio, due sono gli aspetti di maggiore interesse: in primo luogo, si conferma la scelta dell'obbligatorietà dell'aumento di pena, al fine di sottrarre l'ampio margine di discrezionalità in capo al giudice e garantire così un trattamento il più omogeneo possibile a tutti i consociati.

Il trattamento giuridico, inoltre, è ben più lieve nei casi in cui il reo ricada in un qualsiasi delitto, slegato dalla precedente azione criminosa: in tale ipotesi, assente nella gran parte dei progetti preliminari e inserita solamente nell'ultima stesura, il giudice non può irrogare – così come previsto dall'art. 80, comma 1 – il «minimo della pena incorsa per il nuovo reato». Il recidivo generico viene considerato quindi marginalmente dal legislatore, il disvalore della sua condotta non è così elevato, per cui ci si muove solamente nell'ambito della commisurazione della pena in senso stretto¹⁰¹.

Ben diverso il discorso per colui che commette un reato della stessa indole, dimostrando in tal modo una particolare perversione e un medesimo impulso criminoso, meritevole di grande attenzione e di un conseguente inasprimento sanzionatorio, che va al di sopra dei limiti previsti dall'originaria cornice edittale¹⁰². Per individuare i casi di recidiva specifica i codificatori utilizzano un elenco casistico, lungo ma necessariamente incompleto: a titolo esemplificativo, tali si considerano *ex lege* i delitti contro la sicurezza dello Stato e contro l'incolumità pubblica, quelli commessi dai pubblici ufficiali mediante violazione dei doveri inerenti all'ufficio e i reati di furto, rapina, estorsione, ricatto, truffa e altre frodi.

Il carattere liberale della disciplina si coglie anche in questo ultimo aspetto, perché gli aumenti, seppur obbligatori, sono sempre contenuti e di scarso rigore; la

¹⁰⁰ Tale brillante spunto lo si ritrova in G. ZANARDELLI, *Relazione ministeriale sul Libro Primo del progetto di Codice penale*, cit., p. 255.

¹⁰¹ Cfr., sul punto, F. PUGLIA, *Della recidiva*, cit., pp. 759-760.

¹⁰² L'art. 80, comma 2, del Codice 1889 prevede diversi aumenti di pena, in ragione delle sanzioni comminate per il nuovo delitto. L'unico limite è posto dal comma seguente, ai sensi del quale «in nessun caso l'aumento stabilito nelle disposizioni precedenti può applicarsi in misura superiore alla più grave delle pene precedentemente inflitte».

dogmatica predilige ancora una «matematica delle sanzioni»¹⁰³, attenta più all'azione che all'autore, quasi a voler svuotare l'individualità di ogni essere umano.

La figura che complessivamente esce dal testo del 1889 è dunque di «basso profilo»¹⁰⁴, dall'ambito applicativo ben più circoscritto rispetto alla gran parte dei codici preunitari, con dei tratti disciplinati in modo logico e coerente; detto altrimenti, la recidiva pensata dal primo legislatore unitario è sicuramente razionale, non si pone quale marchio indelebile che stigmatizza in perpetuo il reo. La personalità di quest'ultimo – come detto – trova sì ingresso nell'analisi globale del reato, ma rimane in disparte, dal momento che le conseguenze sanzionatorie sono tarate oggettivamente e proporzionalmente sulla gravità del fatto commesso, sul diritto leso e sul dolo o sulla colpa.

Il riferimento al concetto di pericolosità sociale, tuttavia, costituisce un «punto di non ritorno»¹⁰⁵, una base solida sulla quale la Scuola positiva svilupperà nei decenni successivi la propria feroce lotta volta alla neutralizzazione del delinquente incorreggibile.

7. “Troppo presto”: il manifesto di una Scuola

Nell'ultimo scorcio dell'Ottocento irrompe bruscamente in Italia una nuova corrente di pensiero, il cui scopo è quello di rileggere i dogmi fondamentali del diritto penale alla luce del reo e delle esigenze di prevenzione sociale determinate dalla sua pericolosità.

Tra le idee più innovative degli esponenti della Scuola positiva vi è quella che il reato non possa essere considerato come un'entità sé stante, ma debba al

¹⁰³ Efficace espressione utilizzata da V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., p. 15.

¹⁰⁴ La definisce in tal modo D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione*, cit., p. 335.

¹⁰⁵ Così R. BARTOLI, voce *Recidiva*, cit., p. 888.

contrario essere studiato in stretta correlazione con l'agente, del quale si devono far risaltare i condizionamenti biologici, psicologici e sociali¹⁰⁶.

In questo nuovo palcoscenico, il protagonista indiscusso è il delinquente nato, le cui caratteristiche bio-antropologiche lo rendono irrecuperabile: la ricaduta nel delitto, infatti, non è più vista come l'eccezione dovuta a un infausto processo riabilitativo in sede penitenziaria, ma – secondo il pensiero di Cesare Lombroso – si erge quale regola cui raramente il reo sottrae¹⁰⁷. Il compito del diritto penale allora non è quello di cercare invano il recupero del criminale atavico, ma al contrario si deve adoperare al fine di neutralizzarlo e allontanarlo dagli altri consociati, cosicché non possa nuocere nuovamente in futuro.

I concetti appena espressi minano alle fondamenta alcuni tra i postulati tradizionali del diritto penale classico: le pene sono ripensate in un'ottica di prevenzione speciale e difesa sociale, quindi non devono essere proporzionate – come negli insegnamenti di Cesare Beccaria¹⁰⁸ – alla gravità fatto di reato ma si calibrano sulla pericolosità del soggetto agente. A tutti i delinquenti, inoltre, si nega in radice la possibilità di autodeterminarsi liberamente nella scelta tra giusto e sbagliato, visto che la tendenza a commettere reati è del tutto indipendente dalla volontà del singolo.

¹⁰⁶ Cfr. V. BIANCHI, *Positivismo e progetto di codice penale*, in *La Scuola pos.*, 1929, p. 17, secondo il quale «prima di studiare il delitto come fatto giuridico, è necessario esaminarlo come fenomeno naturale e sociale, e per conseguenza studiare in primo luogo la persona che commette il delitto e l'ambiente nel quale lo commette, per poter esaminare giuridicamente il delitto non come un'entità astratta in sé stessa, ma come indice del carattere psichico e organico del suo autore». Una puntuale ricostruzione del lasciti della Scuola positiva la si ritrova inoltre in E. FLORIAN, *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *La Scuola pos.*, 1926, p. 1 ss.; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, cit., pp. 77-82; P. PITTARO (a cura di), *Scuola positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012.

¹⁰⁷ Questo pensiero è sviluppato in C. LOMBROSO, *L'Uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, V ed., Torino, 1896, in particolare p. 336 ss., dove l'Autore si occupa della biologia e della psicologia del delinquente nato. Le opere e le idee di Cesare Lombroso sono analizzate lungamente in U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano: da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, II ed., Torino, 1932, pp. 119-127. In argomento si vedano anche G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, cit., p. 78, il quale definisce *L'uomo delinquente* di Cesare Lombroso come «la bandiera della rivoluzione»; P. MARCHETTI, *Cesare Lombroso e l'«Archivio di psichiatria»*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 255 ss.

¹⁰⁸ Si veda, sul punto, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), cit., pp. 78-81. L'Autore dedica un intero capitolo, il XXIII, al rapporto di proporzione che deve intercorrere tra il delitto e la sua sanzione, a dimostrazione della centralità dell'argomento nella sua opera.

La rigorosa elaborazione proposta dallo psichiatra veronese viene mitigata e mutuata in ambito penale da altri esponenti della Scuola positiva. In particolare, alla figura del criminale incorreggibile si affianca quella del delinquente d'occasione, privo dei caratteri anatomici, patologici, fisiologici e psichici tipici del primo e necessitante di un diverso trattamento penale¹⁰⁹. Secondo Enrico Ferri, infatti, i tipi criminali si devono distinguere in cinque categorie: pazzi e semipazzi, nati incorreggibili, abituali, delinquenti per passione e d'occasione¹¹⁰.

Ebbene, solamente gli appartenenti alle ultime due categorie sono soggetti emendabili e correggibili, ai quali si possono applicare i principi e le regole "classiche" del diritto penale; per tutti gli altri, invece, è necessario un drastico ripensamento delle misure applicabili, lasciando perdere qualsivoglia considerazione in merito alla proporzione tra reato e pena, al fine di garantire una più efficace difesa sociale.

La recidiva, in tale visione, sembra non godere di una particolare visibilità, ma in realtà è presente «ovunque»¹¹¹, in quasi tutti i passi principali delle opere positiviste: alla figura di per sé non viene conferito *a priori* un valore rigido e assoluto, è solamente un indizio che può far propendere per la maggiore temibilità del delinquente e quindi come elemento rilevatore del carattere del reo. A ciò consegue che, dal punto di vista sanzionatorio, la stessa «non può e non deve comportare sempre aumento di pena, che deve essere facoltativo e rimesso al prudente arbitrio del giudice»¹¹². Si capovolge così la visione presente nel Codice

¹⁰⁹ Tale elaborazione è sviluppata da E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878, p. 479 ss. Analizza il suo pensiero scientifico P. COCO, *Il positivismo secondo Enrico Ferri*, in *Giust. pen.*, 2016, I, c. 228 ss., secondo il quale grazie a Enrico Ferri «la Scuola positiva giunge alla sistemazione più completa, correggendo, da un lato l'indirizzo prevalentemente antropologico di Lombroso, e dall'altro l'astrattismo psicologico-giuridico di Garofalo» (c. 234).

¹¹⁰ La classificazione, con annessa esauriente spiegazione per ogni tipologia di autore, è presente in E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881, pp. 35-58.

¹¹¹ Questa considerazione è di P. MARCHETTI, *Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo in Italia*, cit., p. 57. Sul ruolo svolto dalla recidiva nell'universo positivista si rimanda a E. ALTAVILLA, *Teoria soggettiva del reato. Ricostruzione dogmatico-positivista del codice penale*, Napoli, 1933, pp. 103-106.

¹¹² L'idea di una valutazione da effettuarsi nel singolo caso concreto è di E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934, p. 987. Anche secondo Roberto Garofalo «la recidiva, considerata come sintomo di perversità del reo, dev'essere valutata dal giudice e messa in relazione con le altre circostanze dei singoli reati. In alcuni casi può essere una accidentalità, un fatto senza importanza. Il giudice deve esaminare, in ogni caso speciale, il valore che essa può avere. Quando egli trova che

Zanardelli, basata sull'opposto principio di obbligatorietà, necessario per garantire l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

Al giudice, il cui potere discrezionale diviene quindi determinante, si aprono nuovi e diversi scenari qualora si trovi di fronte un soggetto che ha commesso un nuovo reato dopo la sentenza irrevocabile.

La ricaduta può rappresentare *in primis* una mera accidentalità, un imprevisto non rilevante per l'ordinamento e come tale non punibile con un aggravio sanzionatorio, che sarebbe «affatto arbitrario»¹¹³; per contro, può essere sintomatica di una maggiore perversità del reo, comportante un aumento di pena ai fini della rieducazione completa dell'autore¹¹⁴. Tale effetto rieducativo è invece escluso in radice qualora il magistrato accerti, tramite una puntuale indagine calata nel caso concreto, l'incorreggibilità del delinquente abituale: nei confronti di quest'ultimo le sanzioni tradizionali sono inefficaci, l'unica soluzione da adottare è un «mezzo eliminativo»¹¹⁵, cosicché non possa mai più nuocere ai consociati.

Emerge ancora una volta e in modo cristallino come lo scopo dell'ordinamento non sia quello di punire per il singolo fatto, quanto piuttosto per la criminalità dell'autore.

La pena, per i delinquenti abituali, deve essere affiancata o sostituita da una misura di sicurezza, la cui durata è tendenzialmente indeterminata, caratterizzata inoltre da finalità curative e da una ancor più rilevante funzione di difesa sociale. La prevenzione dei reati assurge quindi a fermo caposaldo, rendendo inoltre necessaria l'introduzione dei «sostitutivi penali»¹¹⁶ in campo politico, economico,

essa provi una maggiore perversità, egli dichiarerà il reo recidivo» (R. GAROFALO – L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, cit., p. 903).

¹¹³ Cfr. E. FLORIAN, *Parte generale del diritto penale*, cit., p. 988.

¹¹⁴ Una precisa distinzione tra recidiva d'occasione e recidiva di tendenza è messa in luce da P. JANNACONE, *Aspetti criminologici della recidiva e prospettive di riforma dell'istituto*, in *Riv. pen.*, 1974, p. 351: da un lato la ricaduta è frutto di fattori occasionali che sono sintomatici di una «inadeguatezza temporanea della personalità del reo», mentre dall'altro il nuovo crimine può essere effetto di una tendenza più o meno marcata a delinquere e allora si presenta come «manifestazione d'inadeguatezza permanente della personalità».

¹¹⁵ Suggestiscono tale tipologia di sanzione R. GAROFALO – L. CARELLI, *Dei recidivi e della recidiva*, cit. pp. 903-904. Gli Autori suggeriscono, come sanzione indeterminata, la relegazione perpetua nelle colonie africane.

¹¹⁶ Il concetto di sostitutivo penale viene introdotto da Enrico Ferri, secondo il quale il disagio sociale è una delle più rilevanti cause dei delitti, tale per cui la prevenzione è un aspetto fondamentale della

amministrativo, familiare e religioso. Lo *ius puniendi*, arcaico nodo preliminare di qualsivoglia discussione inerente al diritto penale, muta il proprio fondamento e si poggia sull'esigenza di conservazione sociale¹¹⁷.

L'impianto pensato dai positivisti, qui brevemente riassunto, non coincide minimamente con i principi classici e liberali del Codice Zanardelli, in special modo per ciò che concerne il trattamento dei recidivi, la cui disciplina – nel testo del 1889 – è assai mite e non tiene conto degli elementi caratteriologici del soggetto agente.

La spiegazione di tale enorme differenza si rinviene in un dato meramente temporale: la Scuola positiva negli anni Ottanta del XIX secolo è solo agli albori, il suo pensiero è ancora troppo acerbo, tant'è che gli autori di spicco sono estromessi dall'elaborazione attiva del codice, la cui matrice resta classica e liberale. A riprova di quanto detto, quasi contemporaneamente alla promulgazione, Cesare Lombroso pubblica un libro dal titolo assai emblematico, che evidenzia il suo rammarico per il corso degli eventi: *Troppo presto*¹¹⁸.

Nel testo è presa di mira la disciplina di molti istituti, in particolar modo quella della recidiva, non idonea a prevenire la criminalità sia per la scarsità delle pene minacciate sia per la totale assenza della figura del delinquente incorreggibile. Lo stesso fondamento della recidiva è criticato, dal momento che non bisogna punire la più intensa colpevolezza per il fatto, quanto piuttosto la maggiore pericolosità sociale, della quale la ricaduta nel reato è un evidente «indice sintomatico»¹¹⁹. Se questa è l'autentica essenza, allora è gioco forza necessario

politica criminale, laddove soprattutto le pene tradizionali sono giudicate insufficienti a impedire la commissione dei reati. In un suo testo così li definisce: «Il concetto di quei sostitutivi penali si riassume in ciò: che il legislatore, abbracciando l'andamento dell'attività individuale e sociale e scorgendone le origini, le condizioni, gli effetti, venga a conoscere le leggi psicologiche e sociologiche, per le quali rendersi padrone di una gran parte dei fattori criminosi, e specialmente di quelli sociali, per influire così in modo indiretto, ma più sicuro sull'andamento della criminalità» (cfr. E. FERRI, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, cit., p. 89).

¹¹⁷ Cfr. A. SANTANGELO CORDANI, *Alla vigilia del Codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, 2008, pp. 41-42.

¹¹⁸ Ci riferiamo a C. LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo Codice penale*, Torino, 1889. All'interno sono presenti anche numerosi contributi critici sviluppati da giuristi di stampo positivista, quali Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Carlo Cavagnari e Vito Porto.

¹¹⁹ La definisce così E. FERRI, *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*, Torino, 1928, p. 668.

eliminare anche il limite temporale di rilevanza della precedente condanna: lo scorrere del tempo non attenua minimamente la pericolosità del soggetto.

I nuovi postulati appena evidenziati sviscerano quindi l'importanza del giudicato, che da severo rimprovero nei confronti degli autori diventa un mero documento idoneo ad affermare con certezza la sussistenza di un precedente delitto. Distinguere il concorso di reati dalla recidiva sulla base di una sentenza – si legge a tal proposito in un celebre passo di Garofalo – altro non è che un atto di «umoristica serietà»: tale criterio può servire «tutt'al più per regolare una madre di famiglia nel correggere i suoi bambini od un pedagogo nel castigare i suoi allievi, ma che fa sorridere quando si trasporta nel campo della criminalità naturale»¹²⁰.

Le dure parole sono indirettamente rivolte a tutti gli autori della penalistica dominante all'epoca, ovverosia gli appartenenti alla Scuola classica¹²¹, ritenuti ormai in fase crepuscolare: da Beccaria a Carrara, infatti, il loro pensiero si è sviluppato nel tempo ma è andato via via esaurendosi, non producendo più nulla di scientificamente originale in ambito penalistico¹²². Spetta dunque ai positivisti l'arduo compito di prenderne il testimone per condurre il diritto penale verso i nuovi saperi e le nuove convinzioni criminologiche e sociologiche.

Lo «scontro tra scuole»¹²³ è estremamente accalorato nel corso degli ultimi decenni del secolo e si svolge su un terreno molto più vasto della sola disciplina

¹²⁰ Tale efficace metafora la si trova in R. GAROFALO, *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885, p. 283.

¹²¹ È opportuno sottolineare come il nome "Scuola classica" viene forzatamente imposto dai positivisti, i quali creano così un nemico ideologico da combattere tramite i loro innovativi postulati. L'espressione si ritrova per la prima volta in E. FERRI, *La Scuola positiva di diritto criminale*, Siena, 1883, *passim*.

¹²² Le parole pronunciate da Ferri nei confronti degli appartenenti all'opposta schiera sono molto dure: «il venerando Professore di Pisa segna il limite più alto della scuola classica di diritto criminale, e dopo di lui il lavoro scientifico si ridotta a sole innovazioni parziali» (E. FERRI, *Le ragioni storiche della scuola positiva di diritto criminale*, 1882, *passim*). La parte di testo citata la si può ritrovare in M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1900)*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, p. 500, nt. 32).

¹²³ Così M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1900)*, cit., p. 498. Secondo S. VINCIGUERRA, *Se i penalisti italiani contemporanei ripensano al nostro Ottocento penalistico*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, p. 184, il «fervore per la politica della giustizia penale» che ha caratterizzato i decenni a cavallo fra Otto e Novecento è uscito di scena e in seguito non si è più ripresentato. Una completa disamina dei più rilevanti punti giuridici di scontro tra le due scuole è presente nell'opera di L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*,

della recidiva: in gioco vi è l'intero diritto penale, che rischia una radicale torsione nei suoi concetti fondamentali, dalla nozione di responsabilità fino agli scopi della pena, passando per i confini del delitto, guardato ora anche in una prospettiva naturale e sociale.

8. Enrico Ferri e il fascismo: una distanza più apparente che reale

L'ascesa del pensiero positivista raggiunge le massime vette nella seconda decade del Novecento, quando si impone come scuola culturalmente vincente, sia in Italia che negli altri Paesi continentali¹²⁴. Non solo, le opere più importanti vengono anche tradotte e pubblicate negli Stati Uniti, all'interno di un ambizioso progetto editoriale il cui scopo è quello di far conoscere al pubblico di oltre oceano le principali idee criminologiche europee¹²⁵.

A riprova di questo enorme successo, nello stesso periodo il guardasigilli Mortara affida a una commissione, capitanata da Enrico Ferri, il compito di redigere un progetto di riforma del codice penale al fine di conseguire «in armonia ai principii e metodi razionali della difesa della società contro il delitto in genere, un più efficace e sicuro profilo contro la delinquenza abituale»¹²⁶. La criminalità viene avvertita come in continuo e inevitabile aumento, l'unica strada percorribile per combatterla è affidarsi alle idee propugnate dai positivisti, i quali hanno eletto il delinquente incorreggibile come il nemico principale da combattere al fine di difendere la società¹²⁷.

Torino, 1886, il quale sottolinea l'enorme «agitazione nelle discipline del Diritto penale» dovuta all'emersione del pensiero dei positivisti.

¹²⁴ Lo sviluppo della corrente positivista durante gli inizi del XX secolo e il rapido declino successivo sono ripercorsi da C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, pp. 16-17.

¹²⁵ Vengono tradotti nove lavori europei, dei quali tre sono italiani: E. FERRI, *Criminal sociology*, Boston, 1917; R. GAROFALO, *Criminology*, Boston, 1914; C. LOMBROSO, *Crimes. Its causes and Remedies*, Boston, 1911. Approfondisce la fase di sviluppo di cui hanno goduto le opere positiviste in America P. MARCHETTI, *Le "sentinelle del male": l'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, cit., pp. 1009-1011.

¹²⁶ Cfr. art. 1, Decr. Reale del 14 settembre 1919, n. 1724.

¹²⁷ Si veda sul punto E. JOVANE, *Il nuovo diritto penale*, in *La Scuola pos.*, 1924, pp. 28-29.

Venuto alla luce nel 1921, il progetto Ferri sintetizza felicemente i principi della Scuola e muta radicalmente l'impostazione dogmatica tipica del diritto penale: le sanzioni necessarie alla difesa sociale, infatti, non devono adattarsi alla gravità del reato, ma alla maggiore o minore pericolosità del delinquente¹²⁸. «Ogni delitto» – si legge nella Relazione al progetto preliminare – «è prima di tutto l'azione di un uomo. E a quest'uomo poi, e non al fatto obiettivo, deve applicarsi il provvedimento repressivo stabilito dalla legge»¹²⁹. Lo stesso concetto di responsabilità morale, inoltre, viene rivisto alla luce delle acquisizioni sul libero arbitrio e conseguentemente soppiantato da quello di responsabilità legale, per cui ogni individuo, imputabile o meno, risente di conseguenze penali per la sua azione contraria alle condizioni di esistenza sociale¹³⁰.

È ben vero che il corso degli eventi in Italia prende una piega totalmente diversa con la brusca ascesa del fascismo¹³¹ e dei rigori formali del tecnicismo giuridico, spegnendo così sul nascere i sogni di un codice interamente pensato dai positivisti¹³²; non bisogna tuttavia pensare che il legislatore del 1930 non abbia tenuto conto delle idee presenti nel progetto Ferri. Ne sono un chiaro esempio la

¹²⁸ Analizza il progetto Ferri, E. ALTAVILLA, *Responsabilità legale e sistemi di difesa sociale nel Progetto di nuovo codice criminale*, in *La Scuola pos.*, 1922, pp. 214-226; N. PALOPOLI, *Il progetto Ferri fra la Scuola positiva e il moderno indirizzo criminale*, in *La Scuola pos.*, 1925, pp. 13-46. Si sofferma, in particolare, sull'apparato sanzionatorio predisposto all'interno del progetto A. MANNA, *Le sanzioni penali nel progetto Ferri*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 279 ss.

¹²⁹ Cfr. E. FERRI, *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola pos.*, 1921, p. 4.

¹³⁰ Il concetto di responsabilità legale, che si sostituisce a quelli di responsabilità morale, è spiegato puntualmente da I. MARCHINI, *La responsabilità legale*, in P. PITTARO (a cura di) *Scuola positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, pp. 17-32. L'Autrice definisce il passaggio a questa nuova visione come «una vera e propria rivoluzione copernicana nell'universo penale». La responsabilità legale viene codificata nell'art. 18 del progetto Ferri, ai sensi del quale «gli autori e compartecipi di un delitto ne sono sempre legalmente responsabili [...]». Secondo E. ALTAVILLA, *Responsabilità legale e sistemi di difesa sociale nel Progetto di nuovo codice criminale*, cit., p. 215, si tratta di una massima generale, derivante dal fatto che ogni uomo vive nel consorzio sociale e, per ciò solo, deve rispettarne le leggi

¹³¹ Gli otto anni che vanno dal 1923 al 1930 sono quelli in cui il fascismo si consolida al potere, estromettendo progressivamente tutte le opposizioni attraverso successive riforme della legislazione elettorale. Sulle connessioni tra l'ascesa del partito e i riflessi in campo penalistico si veda S. VINCIGUERRA, *Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, in *Il Codice penale per il Regno d'Italia (1930) – Codice Rocco*, ristampa anastatica, Padova, 2010, pp. XII-XIII.

¹³² Cfr., sul punto, G. NEPPI MODONA – M. PELISSERO, *La politica criminale durante il Fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, p. 766, i quali sottolineano come «l'euforia durò lo spazio di un mattino».

disciplina della pericolosità sociale, il “doppio binario” e l’introduzione delle misure di sicurezza tendenzialmente indeterminate, le quali fanno capire come le preoccupazioni di difesa sociale siano assolutamente presenti anche nella codificazione successiva.

Lo stesso rapporto tra il positivismo criminologico e il fascismo è ben più complesso di quello che può apparire *prima facie*¹³³.

Da una parte è innegabile che gli esponenti della Scuola positiva di regola siano schierati, ideologicamente e politicamente, su posizioni tendenzialmente socialiste ma, d’altro canto, le distanze con i fascisti tendono a colmarsi su un piano più strettamente giuridico.

Entrambi i movimenti nascono, infatti, in risposta all’eccessivo individualismo propugnato dai classici e tendono a riaffermare la preminenza dei diritti dello Stato di fronte a quelli del singolo cittadino, «sia coi provvedimenti preventivi che coi mezzi repressivi»¹³⁴. La risposta sanzionatoria, calibrata inoltre sul già reo, deve essere assolutamente rigorosa e inflessibile, espressiva di un diritto penale di stampo autoritario. Nello specifico, insomma, vi è unità di vedute nel ritenere il trattamento riservato al recidivo dal Codice del 1889 troppo benevolo e inidoneo a garantire una ricaduta nel crimine: i caratteri di temporaneità e specificità, soprattutto, si pongono quali ostacoli da superare attraverso la nuova codificazione.

Nonostante i differenti punti di partenza delle due correnti, si può quindi affermare una convergenza quasi totale negli obiettivi perseguiti sul piano pratico¹³⁵. Enrico Ferri, l’esponente più di spicco dei positivisti, si riscopre improvvisamente “fascista”, rendendosi conto che solo così può raggiungere le maggiori riforme di prevenzione della criminalità inseguite invano «in quarant’anni

¹³³ Tale considerazione è presente in C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, cit., pp. 16-17.

¹³⁴ Cfr. E. FERRI, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *La Scuola pos.*, 1926, p. 241.

¹³⁵ Cfr. D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione*, cit., p. 339.

di propaganda scientifica e parlamentare»¹³⁶. Dall'altra parte, il regime fascista si appropria di alcuni dei postulati giuridici della Scuola positiva al fine di creare un diritto penale di stampo autoritario, nel quale la pena possa svolgere anche la funzione della misura di sicurezza.

9. Un'aspettativa in parte delusa: l'art. 99 c.p.

Il Codice penale del 1930, come preannunciato, non è un *corpus* normativo dallo stampo positivista, ma al suo interno sono vivi i rimandi alle idee illiberali sostenute dai suoi autori: non è un caso che a pochi anni dalla sua entrata in vigore gli stessi lo salutino con successo, almeno sul piano pratico¹³⁷.

Dal punto di vista teorico, infatti, si impone il pensiero del movimento tecnico-giuridico, sviluppatosi in Italia come brusca reazione a entrambe le scuole¹³⁸. Il manifesto culturale e ideologico è maestralmente riassunto nella prolusione svolta all'Università di Sassari da Arturo Rocco¹³⁹, nella quale il celebre docente analizza la crisi che sta vivendo il diritto penale. Il problema di fondo è dato dalla sovrapposizione tra diritto, antropologia, psicologia, sociologia, con la

¹³⁶ Si veda E. FERRI, *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, cit., p. 260, il quale critica l'abulia dei governi italiani succedutisi cavallo tra il XIX e il XX secolo in merito alle riforme più urgenti in tema di criminalità, mettendo in luce come gran parte delle stesse si realizzi nel triennio successivo alla marcia su Roma dei fascisti.

¹³⁷ Cfr. E. DEZZA, *Le reazioni del positivismo penale al Codice Rocco*, in *Il Codice penale per il Regno d'Italia (1930) – Codice Rocco*, cit., pp. LVI-LVII, il quale sottolinea come gli esponenti del positivismo giuridico, tra cui Ferri e Grispigni, riconoscano nel nuovo codice una folta schiera di norme direttamente ascrivibili al loro pensiero. Secondo M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 314, nel codice Rocco sono presenti «diversi elementi di continuità con il progetto Ferri in relazione alla disciplina del reato ed al sistema sanzionatorio».

¹³⁸ Sull'ascesa della scuola tecnico-giuridica e sulle influenze che ha avuto nella redazione del Codice del 1930 si rimanda a A. CADOPPI, *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014, pp. 66-73; C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, cit., pp. 18-27; G. MAGGIORE, *Arturo Rocco e il metodo «tecnico-giuridico»*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano, 1952, pp. 3-19; U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano: da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, cit., pp. 167-190; S. VINCIGUERRA, *Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, cit., pp. XVI-XXVI.

¹³⁹ Il testo della prolusione lo si ritrova in ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1910, p. 263 ss.

conseguente scarsa attenzione per la realtà legislativa vigente e la poca propensione a costruire dogmaticamente gli istituti penali in base al diritto positivo.

Entrambe le scuole che si contendono il primato sono inaccettabili, seppure per ragioni diverse: i classici per avere creato un universo penalistico assoluto, immutabile e sganciato dalla legislazioni; i positivisti per avere ridotto il diritto penale a una mera sotto-branca della criminologia. Urge quindi un'assoluta inversione di rotta nella metodologia di lavoro: il giurista deve attenersi «religiosamente e scrupolosamente allo studio del diritto positivo vigente»¹⁴⁰, il solo che può essere oggetto della scienza giuridica.

Su queste basi si costruisce il Codice del 1930, elaborato dalla commissione presieduta dall'on. Alfredo Rocco, in base a una delega parlamentare emanata cinque anni prima¹⁴¹.

Le esigenze di prevenzione e difesa sociale svolgono un ruolo di prim'ordine e si traducono in un impianto punitivo estremamente rigoroso¹⁴²: il catalogo dei reati è nettamente più fornito; i massimi edittali si innalzano vertiginosamente, rompendo con l'idea illuminista di mitezza e giusta proporzione tra crimine e sanzione; viene ripristinata infine la pena di morte¹⁴³.

Al reo viene dedicato un intero titolo, il IV del Libro I, denotando così un'attenzione per la Scuola positiva e il suo modo di guardare «il delitto nel delinquente»¹⁴⁴, specialmente se pericoloso per la società. In uno scenario simile, il

¹⁴⁰ Cfr. ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., p. 275. L'Autore prosegue affermando come «filosofia del diritto, politica criminale, antropologia e sociologia criminale sono soltanto di ostacolo alla purezza della ricerca scientifica».

¹⁴¹ Legge 24 dicembre 1925, n. 2260, che delega al Governo del Re la facoltà di emendare il codice penale. Nell'art. 1 è disciplinato l'ambito – peraltro molto vasto – nel quale l'esecutivo può intervenire: a titolo esemplificativo, possiamo ricordare il sistema delle pene, le cause che escludono o diminuiscono l'imputabilità e la recidiva. La scelta politica di ricorrere allo strumento della delega sottolinea la volontà di far prevalere l'esecutivo sugli altri poteri dello Stato, che vengono pian piano esautorati.

¹⁴² Così M. PELISSERO, *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, cit., p. 315. Per l'Autore, «un profilo di continuità tra i due testi è costituito dall'attribuzione al sistema penale della funzione di difesa sociale».

¹⁴³ Cfr. G. VASSALLI, voce *Codice penale*, cit., p. 272, secondo il quale il Codice Rocco si differenzia dal precedente anche e soprattutto per la «più possente e panoramica sistematica e per il numero di disposizioni di cui consta».

¹⁴⁴ Efficace espressione utilizzata da S. VINCIGUERRA, *Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, cit., p. XXII.

recidivo non può più essere visto con l'occhio benevolo dell'on. Zanardelli, urge quindi un deciso ripensamento del trattamento da riservargli.

Il punto di partenza per le modifiche è dunque l'insufficienza, da più parti riconosciuta, delle norme dettate in tema di recidiva, derivante soprattutto – come si legge nella Relazione al progetto – «dall'aver ammesso la temporaneità della recidiva, dall'aver dettato un sistema casistico necessariamente incompleto [...] e, infine, dall'aver stabilito aggravamenti di pena inidonei a frenare la delinquenza reiterata»¹⁴⁵.

L'art. 99 c.p. introduce – *rectius* reintroduce – quindi il personaggio del recidivo «a tempo indeterminato»¹⁴⁶, sul quale gli effetti negativi si abbattano a prescindere dal periodo intercorso tra la condanna irrevocabile e il nuovo delitto.

Il legislatore disciplina varie figure, dalla recidiva semplice a quella aggravata, passando dalla c.d. vera alla c.d. finta, per giungere alla reiterata, punita con estrema severità, nella prospettiva sempre di offrire «una più valida difesa contro i delinquenti maggiormente pericolosi»¹⁴⁷, irrobustendo anche le conseguenze sanzionatorie, tali da fuoriuscire dal ristretto ambito della commisurazione della pena *ex art.* 133 c.p.¹⁴⁸.

Non solo, lo stigma negativo emerge anche dal fatto che la recidiva è vista come uno *status* del reo, non come un'aggravante del reato: di tal guisa non partecipa al giudizio di bilanciamento e non può mai essere elisa da una concorrente attenuante. L'effetto di incremento, generalizzato a tutti i reati e presunto sulla base del certificato penale, è quindi «doppiamente blindato»¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Cfr. *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, p. 148.

¹⁴⁶ Espressione utilizzata da G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 1940, p. 355, il quale aggiunge che si tratta di un «principio rigoroso».

¹⁴⁷ Cfr. ancora *Relazione sul libro I del Progetto*, cit., p. 148.

¹⁴⁸ Gli aumenti, ovviamente graduati in base alle varietà delle figure, vanno da un minimo di un sesto, nei casi di recidiva semplice, a un massimo di due terzi, nei casi di recidiva reiterata e aggravata, così come sancito dall'art. 99 c.p. Una puntuale elencazione dei differenti aumenti si trova in F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, pp. 99-100.

¹⁴⁹ Così D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 8.

Se fino qui l'unità di vedute tra Scuola positiva e disciplina codicistica è pressoché totale, i punti di disaccordo iniziano a manifestarsi quando si analizza il regime obbligatorio dell'aumento di pena.

Il rigido automatismo sanzionatorio, fondato solamente sull'esistenza di un precedente giudicato, è il retaggio del "classico" Codice Toscano del 1853, ma si scontra apertamente con l'indagine di fatto che – nella mente dei positivisti – deve compiere il giudice in ogni situazione si trovi di fronte. La recidiva, considerata quale sintomo di perversità del reo, non ha infatti alcuna valenza aprioristica, deve necessariamente essere messa in relazione con le altre circostanze del reato, mentre tale operazione viene negata quasi *in toto* al magistrato dal nuovo art. 99 c.p., con il conseguente medesimo trattamento per episodi estremamente diversi tra loro.

La prospettiva quindi si ribalta: da sintomo da esplorare, nel Codice Rocco la recidiva diviene una grave «malattia da curare»¹⁵⁰, tra l'altro con strumenti invasivi e con un margine di apprezzamento molto ridotto nel caso concreto. L'unica apertura a una valutazione discrezionale è data dall'art. 100 c.p., ai sensi del quale è salva la facoltà di escludere l'aumento di pena e tutti gli altri effetti in ipotesi di estrema disomogeneità dei comportamenti criminosi¹⁵¹.

Come valutare dunque la nuova disciplina della recidiva?

Non è facile dare una risposta in termini assoluti al quesito, ma un punto appare certo. L'art. 99 c.p. – e più in generale l'intero codice – è una norma di compromesso, che cerca di conciliare due opposti modi di vedere la realtà e conseguentemente il diritto penale¹⁵². Nel nome di una più efficace difesa sociale – che, si badi bene, assume le vesti di una difesa dello Stato fascista – il guardasigilli

¹⁵⁰ La calzante similitudine si ritrova in D. BRUNELLI, *Recidiva e Scuola positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione*, cit., p. 341.

¹⁵¹ L'art. 100 c.p., abrogato dall'art. 10, d.l. 11 aprile 1974, n. 99, recitava così: «Il giudice, salvo che si tratti di reati della stessa indole, ha facoltà di escludere la recidiva fra delitti e contravvenzioni, ovvero fra delitti dolosi o preterintenzionali e delitti colposi, ovvero fra contravvenzioni». L'analisi di tale articolo verrà ripresa nel Capitolo successivo, quando verranno affrontate le profonde modifiche al regime della recidiva, che da obbligatorio diviene facoltativo, suscitando notevoli problemi interpretativi.

¹⁵² Nel senso di un codice penale quale risultato di un'interazione tra due correnti scientifiche e culturali diverse tra loro si veda F. PALAZZO, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, pp. 351-352, secondo il quale tale operazione alla fine ha portato a un «buon risultato».

Rocco compie un'ardua operazione di equilibrismo scientifico, cercando di soddisfare, sul piano pratico, le differenti idee teoriche della Scuola classica e di quella positiva¹⁵³.

Nonostante la ricerca di un'armonia, il piatto della bilancia propende indubbiamente in favore di quest'ultima, come si legge nei lavori preparatori: «le distinzioni scolastiche tra recidiva propria e finta, generica e specifica, sono state vivificate, dando loro un contenuto reale, ispirato al criterio direttivo di tutto il Progetto, cioè di considerare in particolar modo la personalità del delinquente»¹⁵⁴. È difficile non sentire gli echi del pensiero di Lombroso e Ferri in tale affermazione, che sancisce una volta ancora come l'attenzione del penalista debba spostarsi dal fatto al reo, posto che la sua personalità rappresenta addirittura la linea guida dell'intero codice: si può tranquillamente affermare allora che si è passati dall'analisi del fenomeno della "recidiva" alla lotta contro il "recidivo", vero nemico che la società deve combattere aspramente¹⁵⁵.

Ma l'art. 99 c.p. non è solo questo.

I caratteri dell'obbligatorietà e degli aumenti progressivi e proporzionali sono un deciso tributo alle idee beccariane di una punizione retributiva, strettamente ancorata alla gravità del fatto commesso e slegata dalla pericolosità dell'agente¹⁵⁶. Si crea così una disciplina congenitamente ibrida¹⁵⁷, nella quale sono presenti frammenti di entrambe le correnti di pensiero; tutto ciò rende quasi

¹⁵³ Cfr., sul punto, V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., pp. 46-47, il quale sottolinea come il Codice del 1930 attui una sorta di equilibrio fra l'attenzione esclusiva al reato e la non meno enfatica attenzione esclusiva al reo, cercando così di soddisfare le «opposte derive ideologiche».

¹⁵⁴ Si veda *Relazione sul libro I del Progetto*, cit., p. 149.

¹⁵⁵ Sul punto si veda F. PALAZZO, *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, il quale chiarisce come la recidiva sia «un ottimo esempio sia di questo filo autoritario che percorre la storia del codice Rocco», utilizzato con sapienza per mantenere l'ordine sociale.

¹⁵⁶ Cfr. M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1225. L'Autrice evidenzia come il requisito dell'obbligatorietà soddisfi le esigenze classico-garantiste di legalità e di certezza del diritto, necessarie per offrire il medesimo trattamento a tutti i recidivi.

¹⁵⁷ Nel senso di un istituto ibrido, snaturato da un sottostante fondamento ontologico e necessario solamente a perpetrare una finalità repressiva si veda F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, p. 599.

impossibile una corretta catalogazione dogmatica dell'istituto, che, non a caso, viene definito «la croce dei criminalisti»¹⁵⁸.

Su questo punto di arrivo, che cerca di accontentare tutti ma che in fondo non soddisfa nessuno, si innesteranno nel decenni a venire ulteriori riforme, non sempre chiare e lineari, che contribuiranno a rendere il tessuto normativo ancora più «magmatico»¹⁵⁹ e saranno il punto di partenza per il rinnovato studio dei giuristi, impegnati nuovamente a decifrare il volto enigmatico della recidiva.

¹⁵⁸ Tale espressione, estremamente efficace ed evocativa, è di P. TUOZZI, *Corso di diritto penale*, III ed., Napoli, 1889, p. 360 (ripresa da L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1988, p. 70).

¹⁵⁹ L'idea di un tessuto magmatico è presente in D. GENTILE DONATI, *La recidiva. Questioni operative e strategia processuale*, Padova, 2012, p. 101.

CAPITOLO II

Di riforme in controriforme

SOMMARIO: 1. I rigorismi della disciplina originaria – 2. Il giudice al centro del sistema: la riforma del 1974 – 3. (segue) Ulteriori problemi interpretativi in ordine alla nuova “facoltatività” della recidiva – 4. Un istituto da eliminare? Spunti dal panorama tedesco – 5. Una scelta diametralmente opposta: il disegno di legge Cirielli – 6. La rinnovata fisionomia della recidiva – 7. Il recidivo reiterato: il precedente americano delle “*Three Strikes Laws*” – 8. (segue) La disciplina nazionale e il “doppio binario”

1. I rigorismi della disciplina originaria

La strategia politico-ideologica del regime fascista crea un mosaico normativo accentuatamente repressivo nei confronti dei recidivi, nel quale l’art. 99 c.p. è il più importante, ma non unico, tassello.

L’aumento obbligatorio di pena è sì l’effetto maggiormente percepibile, ma non si devono sottovalutare tutta una serie di disposizioni che incidono sul trattamento penale che viene complessivamente riservato al già reo: l’applicazione dell’amnistia – allo stesso modo dell’indulto – è preclusa nei casi più gravi di recidiva (art. 151, comma 5, c.p.), così come il giudice incontra forti limitazioni nel concedere la sospensione condizionale a coloro i quali abbiano in precedenza riportato una condanna a pena detentiva per un delitto (art. 164, comma 2, n. 1, c.p.); l’estinzione della pena per decorso del tempo, ai sensi dell’art. 172, comma 7, c.p.,

non ha luogo se si tratta dei recidivi disciplinati dai capoversi dell'art. 99 c.p., i quali vedono inoltre allungarsi il termine per la riabilitazione da tre a otto anni (art. 179, comma 2, c.p.)¹.

Nella parte speciale del codice sono altresì presenti alcuni delitti nei quali il legislatore riserva agli autori particolari maggiorazioni sanzionatorie, strettamente correlate alla condizione di recidivanza.

Si può ricordare, a titolo esemplificativo, il capoverso dell'art. 555 c.p., oggi abrogato², ai sensi del quale all'esercente una professione sanitaria che commette un nuovo delitto contro l'integrità e la sanità della stirpe viene irrogata, come pena accessoria, l'interdizione perpetua dalla professione stessa. Paradigmatico anche il caso del soggetto colto in stato di ubriachezza dopo aver riportato una condanna per delitto non colposo contro la vita o l'incolumità individuale, che viene – *rectius* veniva – punito con una pena ben più grave rispetto all'autore incensurato, ossia l'arresto non inferiore a tre mesi *ex art.* 688, comma 2, c.p.³.

Il pregresso giudicato funge talvolta anche da elemento costitutivo delle fattispecie, come negli illeciti di cui agli artt. 707 e 708 c.p., definiti per l'appunto «reati di recidiva»⁴. Ebbene, in tali controverse ipotesi⁵ la condizione soggettiva del

¹ Il puntuale elenco di tutti effetti aggravatori (gli "effetti indiretti"), così come previsto nella disciplina originaria del codice, è presente in A. ROMANELLI, *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1968, II, cc. 227-228. L'Autore sottolinea come l'aumento di pena è solamente l'aspetto «più appariscente», accanto al quale sono presenti numerosi effetti peggiorativi del trattamento del reo, sia in ambito sostanziale che processuale: da quest'ultimo angolo prospettico, lo status del recidivo influisce sulla disciplina dell'arresto facoltativo in flagranza e delle ipotesi nelle quali il mandato d'arresto è facoltativo, ai sensi degli artt. 236, comma 2, e 254, n. 2, del codice di rito del 1930. In argomento si vedano anche V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, pp. 53-54; S. RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 1968, pp. 501-502.

² L'intero Titolo X, Libro II, del codice penale, rubricato "Dei delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe", è stato abrogato dall'art. 22, l. 22 maggio 1978, n. 194, recante "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza".

³ L'art. 688 c.p. ha subito numerose modifiche nel corso del tempo. La disposizione di cui al primo comma è stata trasformata in illecito amministrativo dall'art. 54, d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, mentre il secondo comma – oggetto di trattazione nel testo – è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost. (Corte cost., sent. 17 luglio 2002, n. 354, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2653 ss., con nota di S. SILVANI, *Definitivamente estromessa dal sistema penale l'ubriachezza manifesta*).

⁴ L'efficace espressione è di V. MELE, *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, in *Giust. pen.*, 1975, II, c. 500.

⁵ Si ricordi, in particolare, che l'art. 707 c.p. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendacità, di ammonito, di

condannato svolge addirittura una duplice funzione: in primo luogo è un presupposto della contravvenzione, ma deve essere valutata anche come aggravante ai sensi dell'art. 99 c.p., con il serio rischio di una violazione del fondamentale principio del *ne bis in idem* in materia penale⁶.

La recidiva può svolgere una funzione anche in riferimento alle misure di sicurezza, non solo limitatamente alla pena. Se è pacifico che si tratta di una circostanza che incide *in peius* sulla sanzione, non si può tacere come la sua collocazione all'interno del codice tradisca una certa affinità con le figure soggettive di pericolosità sociale, che rendono necessaria l'applicazione di una misura di sicurezza⁷.

Passando poi a una rapida analisi delle normative extra-codicistiche, si può facilmente notare come anche lì siano presenti numerose discipline "speciali", dal taglio decisamente repressivo, specie in settori ritenuti particolarmente delicati e di rilevanza statuale.

L'inasprimento obbligatorio della pena è sancito a chiare lettere sia nella legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi⁸, il cui art. 82 si occupa in special modo

sottoposto a misura di sicurezza personale o cauzione di buona condotta (Corte cost., sent. 2 febbraio 1971, n. 14, in *Foro it.*, 1971, I, c. 534).

⁶ La Suprema Corte ritiene pacificamente che la condizione soggettiva ricollegata alla precedente condanna possa essere valutata sia ai fini dell'affermazione della responsabilità – quale presupposto del reato e non come elemento costitutivo dello stesso – sia ai fini dell'aumento di pena rapportabile alla recidiva (si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. II, 25 maggio 1986, Tatti, in *Giust. pen.*, 1987, II, c. 554; Cass. pen., Sez. II, 7 dicembre 1978, Barbini, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1979, p. 1142; Cass. pen., Sez. VI, 24 febbraio 1968, D'Aquino, in *Giust. pen.*, 1969, II, c. 561).

⁷ Tale riflessione la si ritrova in M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 47. L'Autore sostiene che «recidiva e misure di sicurezza condividono un giudizio prognostico modulato in differenti livelli di rischio, che giustificano ora la sola applicazione della recidiva, ora (da sola o in aggiunta) la misura di sicurezza». La stessa Corte costituzionale, in una fondamentale pronuncia che analizzeremo più approfonditamente in seguito, ribadisce che la recidiva è sintomatica di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità sociale del reo, facendo così capire che può incidere sia sulla pena che sulle misure di sicurezza (Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 327 ss.). In senso critico rispetto a questa doppia valenza dell'istituto, si veda R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere. (Appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 392.

⁸ Legge 17 luglio 1942, n. 907, "Legge sul monopolio dei Sali e dei tabacchi", in *Gazz. uff.*, 25 agosto 1942, n. 199.

della recidiva specifica e di quella reiterata⁹, sia nel regio decreto che reprime le frodi agrarie, dove si stabilisce che «in caso di recidiva le pene [...] saranno raddoppiate»¹⁰; non diversamente in materia doganale¹¹, nella quale il legislatore si preoccupa di colpire con fermezza coloro che si dedicano nuovamente al contrabbando dopo una sentenza irrevocabile di condanna¹².

L'impianto costruito per i recidivi è molto severo nella sua globalità ed è costituito da tutta una serie di istituti sostanziali, processuali e in materia di esecuzione della pena, la cui applicazione è tendenzialmente obbligatoria. Il giudice ha uno spazio di manovra assai ridotto, deve inevitabilmente applicare gli aumenti e le ulteriori conseguenze in modo quasi "matematico"¹³, senza tenere conto delle peculiarità del singolo caso concreto, basandosi al contrario su una presunzione di maggiore pericolosità e/o colpevolezza del soggetto agente che ha il carattere della perpetuità.

⁹ L'articolo 82, l. 907/1942, così recita: «1. E' punito, oltre che con la pena della multa, con la reclusione fino a sei mesi, colui che, dopo essere stato condannato per delitto di contrabbando previsto da questa legge o da altra legge speciale, commette un altro delitto di contrabbando per il quale questa legge stabilisce la sola multa. 2. Se il recidivo in delitto di contrabbando previsto da questa legge o da altra legge speciale commette un altro delitto di contrabbando, per il quale questa legge stabilisce la sola multa, la pena della reclusione comminata nella precedente disposizione è aumentata dalla metà ai due terzi. 3. In ogni altro caso la recidiva nel contrabbando è regolata dal codice penale».

¹⁰ R.D.L. 15 ottobre 1925, n. 2033, convertito in legge 18 marzo 1926, n. 562, "Repressione delle frodi nella preparazione e nel commercio di sostanze di uso agrario e di prodotti agrari", in *Gazz. uff.*, 3 maggio 1926, n. 102. L'art. 56 sanziona «chiunque si rifiuta di fornire o di far prelevare campioni delle sostanze e dei prodotti di cui al presente decreto» con l'ammenda di lire 1.250.000, mentre il successivo art. 57 si occupa dei casi di recidiva, prevedendo - come evidenziato nel testo - il raddoppio della pena da irrogare.

¹¹ D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, "Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale", in *Gazz. uff.*, 28 marzo 1973, n. 80 - Suppl. ordinario.

¹² Cfr. art. 296, D.P.R. 43/1976, che recita così: «1. Colui, che dopo essere stato condannato per delitto di contrabbando previsto dal presente testo unico o da altra legge fiscale, commette un altro delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa, è punito, oltre che con la pena della multa, con la reclusione fino ad un anno. 2. Se il recidivo in un delitto di contrabbando previsto dal presente testo unico o da altra legge fiscale commette un altro delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa, la pena della reclusione comminata nella precedente disposizione è aumentata dalla metà a due terzi. 3. Quando non occorrono le circostanze previste in questo articolo, la recidiva nel contrabbando è regolata dal codice penale».

¹³ L'idea del giudice quale matematico del diritto, che calcola le precedenti condanne e somma automaticamente i vari effetti sanzionatori la si trova in V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., p. 55, il quale parla proprio di «conta delle macchie» e di «matematica applicata agli aumenti».

Tale situazione si confà al regime degli anni Trenta, dove il recidivo, avendo già ricevuto una condanna irrevocabile in precedenza, è un soggetto ostile, nemico della società civile e per ciò solo meritevole di una maggiorazione di pena, oltretutto senza l'obbligo di contestazione dell'aggravante da parte del P.M.

Secondo parte della giurisprudenza, infatti, la recidiva – tranne i casi di facoltatività previsti dall'art. 100 c.p. – spiega *ope legis* tutti i suoi effetti di natura impeditiva, indipendentemente da qualsiasi contestazione¹⁴. L'orientamento appena citato, che considera l'istituto in esame come una qualificazione o *status* giuridico del soggetto attivo¹⁵, viene fortemente criticato in numerose sentenze dei giudici di legittimità¹⁶, rendendo così necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite¹⁷.

La celebre pronuncia del 1961 risolve il problema, sottolineando come il legislatore abbia attribuito espressamente alla recidiva la natura giuridica di circostanza e quindi, come tutte le altre aggravanti, debba essere contestata per potere esplicare i suoi effetti nell'ambito del procedimento penale, sebbene sia sufficiente una contestazione "generica". In giurisprudenza, infatti, si sviluppa la deplorevole prassi di ritenere in sentenza una forma più grave di recidiva – come, ad esempio, la infraquinquennale – rispetto a quella ritualmente contestata con un

¹⁴ Si vedano, tra le tante, Cass. pen., Sez. III, 23 giugno 1960, Zocchi, in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 457; Cass. pen., Sez. III, 18 gennaio 1960, Perreca, *ivi*, 1960, II, c. 537; Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 1959, Campanella, *ivi*, 1960, II, c. 62. In dottrina sostiene tale posizione F. ZINNI, *La recidiva e la prescrizione*, in *Riv. pen.*, 1971, pp. 517-518. L'Autore, estremamente critico sulla permanenza dell'istituto ex art. 99 c.p. all'interno del codice, sottolinea come la recidiva sia una condizione di pericolosità personale dell'imputato, attestata dalle precedenti condanne e documentata nel casellario giudiziale: per tali ragioni non richiede alcuna preventiva contestazione. Contra A. PENNISI, *Contestazione, dichiarazione ed effetti penali della recidiva*, in *Giur. it.*, 1974, II, c. 27, secondo cui vi è la «necissità della preventiva contestazione della recidiva quando questa assume la specifica funzione di circostanza aggravatrice della pena».

¹⁵ Il problema della natura giuridica e del fondamento della recidiva verrà trattato nel Capitolo IV del presente elaborato. In dottrina sostiene tale posizione G.D. PISAPIA, *Influenza della recidiva ai fini della applicabilità della prescrizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, pp. 139-140.

¹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 7 giugno 1961, Marciani, in *Giust. pen.*, 1962, II, c. 421; Cass. pen., Sez. III, 28 giugno 1960, Cioni, *ivi*, 1961, II, c. 311; Cass. pen., Sez. II, 21 gennaio 1954, Crivellini, *ivi*, 1954, II, c. 824.

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 1961, Papò, in *Giust. pen.*, 1962, II, c. 97. La sentenza si occupa del termine necessario per la prescrizione del reato e stabilisce come la recidiva possa aumentarlo solo qualora sia stata ritualmente contestata dalla pubblica accusa. Analizza l'arresto e ripercorre con estrema attenzione il contrasto giurisprudenziale e dottrinale sul punto F. GIANNITI, *Controversie in tema di recidiva*, in *La Scuola pos.*, 1963, in particolare pp. 262-270.

generico richiamo all'art. 99 c.p., sul presupposto che «il prevenuto è comunque posto nelle condizioni di difendersi, non potendo egli ignorare le condanne riportate e la data delle medesime»¹⁸.

A prescindere da tale nodo critico, non si può sottacere come vi sia una maggiore attenzione per il diritto di difesa dell'imputato, frutto sicuramente del mutato assetto sociale venutosi a creare dopo la Seconda Guerra Mondiale, con il crollo del regime, l'avvento della democrazia e del costituzionalismo, l'entrata in vigore della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali¹⁹ e il conseguente maggiore interesse per l'uomo a scapito della centralità dello Stato.

Se questo è lo scenario, allora è necessario un profondo ripensamento dei caratteri del diritto penale, ancora legato a rigidi automatismi, disposizioni antiliberali e a massimi edittali troppo elevati, che non permettono al giudice di umanizzare la sanzione e di adeguarla alle peculiarità del caso concreto²⁰.

2. Il giudice al centro del sistema: la legge 7 giugno 1974, n. 220

Le esigenze di riforma vengono soddisfatte tramite il d.l. 11 aprile 1974, n. 99, convertito con modificazioni nella l. 7 giugno 1974, n. 220, che innova non pochi istituti di parte generale e modifica drasticamente il ruolo del giudice nella determinazione del *quantum* di pena irrogabile²¹.

¹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 24 giugno 1963, Augius, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1248, con nota di M. MAZZANTI, *Forme della recidiva e loro contestazione*, dove sono richiamate altre sentenze dei giudici di legittimità che seguono tale criticabile orientamento.

¹⁹ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (di seguito: CEDU) viene firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai dodici Stati membri del Consiglio d'Europa, tra i quali è presente anche l'Italia. Sul suolo nazionale, tuttavia, entra in vigore solo qualche anno dopo, precisamente il 10 ottobre 1955.

²⁰ La necessità di una penetrante modifica del sistema penale, alla luce delle nuove conquiste costituzionali e del diverso clima politico-sociale, è ben evidenziata da P. NUVOLONE, *Alle soglie di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, in particolare pp. 367-368.

²¹ Legge 7 giugno 1974, n. 220 – Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 11 aprile 1974, n. 99, concernente “Provvedimenti urgenti sulla giustizia penale”, in *Gazz. uff.*, 11 giugno 1974, n. 151. Per definire la rilevante portata delle innovazioni V. MELE, *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 aprile 1974*, cit., c. 499, parla di una riforma che ha inciso «a colpi di

Prima di passare all'analisi dei tratti salienti del provvedimento, tra i quali spicca indubbiamente l'intervento sulla disciplina della recidiva, dobbiamo premettere come lo strumento utilizzato – ovverosia la decretazione d'urgenza – non abbia convinto gli addetti ai lavori, che, al contrario, si sono scagliati contro l'operato del legislatore²². L'*occasio legis* è data infatti dalla disciplina della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini, inidonea a trattenere in carcere i soggetti pericolosi e già condannati in primo grado di giudizio²³: su tale base si innestano numerosi altri interventi, da tempo richiesti in dottrina, ma che forse avrebbero necessitato di un'analisi meno "emotiva" e più ponderata²⁴.

Tra i più rilevanti ricordiamo l'intervento sul concorso eterogeneo di circostanze, che ha abolito l'esclusione dal giudizio di comparazione di quelle cc.dd. autonome o a efficacia speciale e soprattutto di quelle inerenti alla persona del colpevole *ex art. 70, comma 2, c.p.*²⁵. La recidiva quindi, insieme all'imputabilità, entra a pieno titolo nel giudizio di bilanciamento che il giudice è tenuto a operare

piccone» su istituti che formano «la spina dorsale» del diritto penale. Non è un caso, quindi, che le modifiche vengano applicate con qualche ritardo dai giudici, i quali forse non erano pronti a un cambiamento così epocale: a tal riguardo M. MINERVINI, *L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. studi penit.*, 1975, p. 325 parla espressamente di «crisi di rigetto».

²² Si veda, a tal proposito, P. NUVOLONE, *Commento al d.l. n. 99/1974*, in *Ind. pen.*, 1974, p. 332, nella parte in cui evidenzia come l'uso del decreto legge in una materia così delicata rifletta la «crisi profonda» dello Stato, che legifera solamente sull'onda di una «urgenza emotiva», senza ponderare attentamente tutti gli interessi sottesi.

²³ Il riferimento è al famoso "caso Mangiavillano", autore dell'efferato omicidio dei fratelli Menegazzo, che scuote l'opinione pubblica dell'epoca. Analizza gli aspetti processuali della riforma del 1974, S. KOSTORIS, *Note critiche sulla miniriforma del processo penale (d.l. 11-4-1974 n. 99 e d.l. 20-4-1974 n. 103)*, in *Arch. pen.*, 1974, I, p. 383 ss., il quale censura «la desolante abitudine della Giustizia per il caso singolo».

²⁴ Per una completa analisi degli effetti innovativi apportati dalla riforma del 1974 sul piano sostanziale si veda F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, II ed., Padova, 1982, pp. 25-31; G. GALLI – B. SICLARI – F. SIENA, *Le recenti leggi contro la criminalità*, vol. I, *Aspetti sostanziali*, Milano, 1977, pp. 11-112; G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, p. 49 ss.

²⁵ L'art. 6 del decreto ha infatti così modificato il comma 4 dell'art. 69 c.p.: «Le disposizioni precedenti si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole e a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato». Il Parlamento, in sede di conversione in legge, ha mantenuto inalterato tale testo. Non condivide tale scelta G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit., p. 50, il quale parla di una «indiscriminata estensione».

ogniquale si trovi di fronte ad una fattispecie tipica, caratterizzata dalla contestuale presenza di attenuanti e aggravanti²⁶.

Tale scelta, condivisibile nell'ottica di una «umanizzazione»²⁷ del diritto penale, era assolutamente inconcepibile dal legislatore del 1930 per almeno due ragioni: *in primis* l'ontologica differenza tra queste circostanze soggettive e la quasi totalità delle altre, attinenti per lo più all'entità e alla gravità del fatto²⁸, ma soprattutto perché il codice – come si è cercato di mettere in luce nelle pagine precedenti – guardava con estrema severità il recidivo, in modo tale da non permettere che una singola attenuante potesse elidere l'effetto aggravatore previsto dall'art. 99 c.p.

Le ricadute sono estremamente significative e per un certo verso apprezzabili, dal momento che permettono di giungere a dei minimi di pena altrettanto bassi a quanto appare necessario nel caso concreto²⁹; d'altro canto, non si può non sottolineare come gravi sul giudice un arduo compito interpretativo, specie in relazione ai reati aggravati dall'evento. I criteri per distinguere tra circostanze ed elementi costitutivi, infatti, sono da sempre molto discussi e con la riforma del 1974 la qualificazione in un senso o nell'altro produce conseguenze molto più vistose e rilevanti sulla pena da infliggersi³⁰.

²⁶ Sui maggiori poteri concessi al giudice in tema di bilanciamento delle circostanze si veda G. CONTENTO, *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, p. 657 ss.

²⁷ La definisce così E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 679. In termini non dissimili si esprime F. BRICOLA, *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 157, il quale parla di «un ammorbidimento complessivo del trattamento sanzionatorio».

²⁸ T. DELOGU, *Potere discrezionale del giudice penale e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 371, sottolinea invero come sia la recidiva che l'imputabilità obbediscano a parametri completamente diversi rispetto le altre circostanze, per cui critica la loro inclusione nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p.

²⁹ G. VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, pp. 4-5, porta numerosi esempi nei quali l'intervento riformatore si dimostra molto efficace: così la resistenza a pubblico ufficiale, aggravata ai sensi dell'art. 339 c.p., che in precedenza veniva sanzionata con almeno due anni di reclusione, riceve un trattamento sanzionatorio più equo e livellato al disvalore del singolo caso.

³⁰ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., p. 26, il quale solleva anche il problema dell'ammissibilità del giudizio di comparazione nei casi di reato complesso, come il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 c.p.

Lo stesso giudice viene investito di ulteriori responsabilità, dal momento che la riforma amplia notevolmente l'ambito di applicazione della sospensione condizionale della pena, del concorso formale e del reato continuato³¹. La modifica di quest'ultimo, in particolare, desta molteplici perplessità poiché i vantaggi della continuazione possono essere concessi anche qualora siano commesse più violazioni di diverse disposizioni di legge, purché legate dall'elemento psicologico del medesimo disegno criminoso.

L'intento politico è chiaro: si vogliono eliminare taluni rigidi automatismi presenti nella disciplina del 1930 per ottenere una risposta sanzionatoria più mite clemente nel complesso. Il risultato però viene raggiunto non intaccando le draconiane cornici edittali delle fattispecie presenti nella parte speciale, ma con interventi più o meno mirati su alcuni istituti fondamentali della parte generale, ampliando a dismisura il potere discrezionale del giudice³².

La riforma è sicuramente risolutiva di situazioni inique, tuttavia apre allo stesso tempo nuovi e problematici scenari, nei quali sono trasferite al potere giudiziario tutta una serie di valutazioni, in precedenza prerogativa del legislatore, con il serio rischio di apprezzamenti troppo disparati da caso a caso. Tale scelta incontra generalmente il favore della magistratura, che da anni si batteva per ottenere una più significativa indipendenza dall'esecutivo e dal legislativo e un «assoluto e incontrastato dominio in ciò che concerne l'accertamento e la decisione delle controversie civili e penali»³³.

L'insidia già evidenziata riguarda tuttavia la possibilità di dare luogo a notevoli contrasti interpretativi e discordanti soluzioni, proprio a causa dell'innesto

³¹ Non è questa la sede per analizzare le modifiche apportate dalla l. 7 giugno 1974, n. 220, a tali istituti. Si rimanda, per tutti, a G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit., pp. 53-62, il quale non condivide, in particolare, la scelta di punire allo stesso modo il concorso formale omogeneo e quello eterogeneo, poiché sono due entità estremamente diverse «sia sotto l'aspetto ideologico che sotto quello criminologico» (p. 54).

³² Molto critico sulla scelta effettuata dal legislatore del 1974 è D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 8, che parla di «pilatesco disegno politico» che scarica sulle spalle dei giudici il compito di rendere il sistema meno rigoroso. In argomento si veda anche G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325, secondo il quale il legislatore, «incapace» di un'organica riforma della parte speciale, consegna «le chiavi della politica criminale» alla magistratura.

³³ Così P. NUVOLONE, *Alle soglie di una riforma*, cit., p. 387.

dei rivoluzionari principi all'interno del rigido impianto preesistente, specie in tema di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*³⁴

La politica criminale degli anni Settanta affronta in modo nuovo la tradizionale dicotomia tassatività-discrezionalità, propendendo nettamente in favore di quest'ultima: nel confronto dialettico tra due principi cardine del diritto penale, infatti, la libertà del giudice sembra prendere il sopravvento³⁵. Detto altrimenti, l'antico brocardo del *nullum crimen, nulla pena sine lege*, con il quale si allude alla predeterminazione legale sia della fattispecie che dell'ammontare della sanzione, cede il passo alla necessità di adeguare la pena al caso concreto, valorizzando il più possibile tutte le circostanze oggettive e soggettive presenti.

In questo passaggio riecheggiano con chiarezza gli insegnamenti costituzionali, in particolare l'art. 27, commi 1 e 3, Cost., che richiede una specifica individualizzazione del trattamento penale, al fine di garantire una piena rieducazione nei confronti del reo già nella fase dell'irrogazione della pena³⁶. Ma non può scordarsi neppure l'art. 3 Cost., che, tacciando di illegittimità ogni arbitraria equiparazione di situazioni diverse tra loro, rappresenta la «proiezione costituzionale»³⁷ di tutti gli indici previsti dall'art. 133 c.p.

³⁴ Ripropone i primi contrasti emersi in sede giurisprudenziale dopo la riforma R. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1343 ss.; R. CENICOLA, *Prime applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni di natura sostanziale contenute nei provvedimenti urgenti sulla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1977, II, c. 662 ss., il quale ritiene che siano dovuti anche a causa della scarsa chiarezza del testo legislativo. Tra i problemi più rilevanti si pone quello della minore età, che secondo alcuni giudici di merito non rientrerebbe tra le circostanze inerenti alla persona del colpevole e pertanto si sottrarrebbe al giudizio di prevalenza o di equivalenza con le concorrenti circostanze aggravanti. Per un approfondimento giurisprudenziale si rimanda a A.M. STILE, *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in *Giur. merito*, 1975, II, p. 290 ss. L'Autore sottolinea come tale contrasto sia un sintomo evidente delle difficoltà che i giudici incontrano nel rapportarsi con la mutata struttura del bilanciamento a seguito della riforma del 1974.

³⁵ Sul punto cfr. A.M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-1977, p. 284, il quale sostiene che l'intervento riformatore del 1974 ha addirittura «sovertito i termini originari» del rapporto tra legalità e discrezionalità.

³⁶ Secondo F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pp. 356-357, la finalità rieducativa non può riferirsi solamente alla fase esecutiva della pena, svolendo altrimenti l'innovativo disposto del comma terzo dell'art. 27 Cost. La rieducazione costituzionalmente pretesa deve iniziare già nel momento dell'irrogazione della sanzione, che deve essere adeguata, per specie e quantità, alla personalità dell'agente.

³⁷ Utilizza tale efficace espressione E. DOLCINI, *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 347. Rintraccia il fondamento della discrezionalità penale nell'art. 3 Cost. anche G. CARUSO, *La discrezionalità penale tra «tipicità classificatoria» e «tipologia*

Senonché un ambito di discrezionalità troppo vasto cozza inevitabilmente con l'esigenza di certezza e di tassatività della norma, con la conseguente lesione più o meno diretta anche del fondamentale assioma della legalità. Affidarsi interamente al potere discrezionale di cui gode il giudice ai sensi degli artt. 132-133 c.p., senza meglio definirne i contorni, altro non è – come si legge nel saggio critico di un illustre Autore – che una firma di una «cambiale in bianco»³⁸ nei confronti di quest'ultimo.

Le perplessità sollevate sono senza dubbio condivisibili, l'attacco sferrato al dogma della legalità dalla riforma del 1974 rischia di spalancare le porte ai «più gravi arbitrii, consapevoli o inconsapevoli»³⁹ da parte della magistratura.

L'unico modo per salvaguardare quanto stabilito dall'art. 25, comma 2, Cost. e allo stesso tempo soddisfare le esigenze special-preventive di una sanzione calibrata sulla personalità del reo è allora quello di temperare prudentemente il principio di legalità con quello di discrezionalità, stando bene attenti a evitare la soppressione di uno a causa della troppa estensione dell'altro⁴⁰. Tale risultato può essere raggiunto tramite un'analisi della funzione specifica degli istituti giuridici riformati ovvero, in alternativa, con l'ausilio del legislatore, che detti precisi criteri idonei a orientare correttamente il giudice nell'esercizio del suo accresciuto potere discrezionale⁴¹.

ordinale», Padova, 2009, p. 393, nella parte in cui sostiene che «l'astrattezza classificatoria, ove non raccordata alle specificità singolari del fatto storico *sub iudice*, rischierebbe di omologare, in violazione del principio di parità di trattamento, casi connotativamente diversi».

³⁸ Il riferimento è a G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 467. L'Autore non condivide lo spirito della riforma, dal momento che dilata a dismisura la discrezionalità, senza peraltro offrire dei validi criteri direttivi con i quali il giudice possa orientarsi nella scelta tra le varie possibili alternative.

³⁹ Si esprime così F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., p. VII, il quale sostiene pure che l'erosione della tipicità penale in favore di una maggiore discrezionalità rappresenta «il problema più drammatico dell'esperienza penalistica contemporanea» (p. VII).

⁴⁰ L'idea di una ricerca di equilibrio tra valori e principi in conflitto, da attuarsi mediante il criterio della ragionevolezza è presente in A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, pp. 155-157. La compatibilità tra il potere discrezionale attribuito al giudice e il principio di legalità è affermato anche da S. LARIZZA, *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, in particolare pp. 597-598.

⁴¹ Ipotizza tale soluzione A.R. LATAGLIATA, *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 343, secondo il quale ogni riforma che allarghi il potere discrezionale del

Poste le premesse del ragionamento, possiamo tranquillamente affermare che il radicale intervento modificatore sulla recidiva non può essere ritenuto soddisfacente.

Il carattere «massacrantemente automatico»⁴² dell'istituto viene debellato in favore di una generalizzata facoltatività, senza che tuttavia sia fatta luce sul fondamento dell'aggravante *ex art. 99 c.p.* e in assenza di alcun insegnamento sulle modalità di esercizio del potere discrezionale da parte della magistratura. Se da un lato le discussioni sulla *ratio* della recidiva – argomento che volutamente trascuriamo ora⁴³ – si susseguono senza mai giungere a una soluzione definitiva⁴⁴, dall'altro, infatti, la legge 220/1974 tace in merito ai criteri direttivi che il giudice deve seguire, lasciando allo stesso la più ampia libertà, con il serio rischio che quest'ultima possa trasformarsi in una sorta di «sovranità giudiziale»⁴⁵, sottratta a qualsivoglia tipologia di controllo e assimilabile a un arbitrio immotivato.

Per scongiurare tale grave pericolo e quindi salvaguardare la certezza del diritto e il valore deterrente della legge penale⁴⁶, è necessario elevare a principio cardine quanto disposto dall'abrogato art. 100 c.p., che *ante* riforma permetteva di escludere la recidiva in un ristretto ambito di ipotesi.

giudicante deve essere necessariamente preceduta dalla «più approfondita conoscenza critica» della *ratio* e della finalità di tale potere.

⁴² L'espressione di Giovanni Leone è riportata in AA.VV., *La libertà personale nella discrezionalità del giudice. Atti del XII Congresso dell'Accademia Italiana di Scienze Biologiche e Morali tenutosi a Roma il 29-30 maggio 1970*, Roma, 1971, p. 114.

⁴³ La tematica sarà analizzata all'interno del Capitolo IV del presente lavoro.

⁴⁴ Si ricordi, a tal proposito, la calzante definizione di P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 360, che parla di un istituto «dogmaticamente complesso e non scevro di contraddizioni». Interessante anche la visione della recidiva quale «Giano bifronte», offerta da E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, p. 10.

⁴⁵ La celebre espressione appartiene P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, p. 336. L'Autore critica il nuovo aspetto della recidiva, sostenendo che si ponga in palese contrasto con il principio costituzionale di legalità, dal momento che il giudice non avrebbe neppure un obbligo di puntuale motivazione in merito all'uso del proprio potere discrezionale.

⁴⁶ Cfr., sul punto, G. MULLIRI, *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, p. 1326, la quale sostiene che un potere discrezionale incontrollato affievolisca grandemente il valore deterrente del precetto penale e faciliti la disomogeneità delle sentenze, dal momento che l'agire del magistrato è «condizionato dalle manchevolezze connesse alla natura umana».

Tale norma – come sostenuto da autorevole dottrina – non era una mera eccezione rispetto alla regola dell’obbligatorietà stabilita dall’articolo precedente ma, al contrario, rappresentava l’ipotesi di recidiva dogmaticamente più rilevante, dal momento che il suo accertamento derivava da un giudizio di valore concentrato sull’analisi della singola situazione concreta⁴⁷. Da una parte, quindi, l’ipotesi obbligatoria, basata su una presunzione assoluta *ex lege* di affinità sostanziale tra i due reati, particolarmente evidente nel caso in cui entrambi fossero dolosi o, ancora, della stessa indole; dall’altra, la possibilità per il giudice di escluderla qualora avesse ravvisato una disomogeneità strutturale e psicologica fra gli illeciti considerati.

Ebbene, dopo la novella legislativa e la contestuale abolizione della presunzione assoluta sopracitata, è il collegamento specifico che lega i vari episodi criminosi, da ricercarsi sempre, che funge da guida per il magistrato nell’uso del proprio potere discrezionale: l’aumento di pena – che, tra l’altro, viene ridotto dalla metà a un terzo nelle ipotesi aggravate⁴⁸ – può giustificarsi solamente qualora la ricaduta rappresenti il sintomo di un consapevole rifiuto al monito della precedente condanna.

Si passa così da una definizione formale a una «sostanziale»⁴⁹ di recidiva, nella quale la sentenza irrevocabile è solo un presupposto, necessario ma non più sufficiente, da integrarsi con una puntuale valutazione delle vere ragioni che hanno condotto alla ricaduta nel reato, sì da esprimere in concreto un giudizio negativo sul soggetto agente.

Sotto questo aspetto, la giurisprudenza immediatamente successiva alla riforma si mostra molto attenta e precisa nel motivare, sebbene eviti di prendere

⁴⁷ È questa la soluzione proposta, già prima della riforma del 1974, da A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, p. 121, che valorizza l’assenza di una presunzione legale assoluta nell’ipotesi disciplinata dall’art. 100 c.p.

⁴⁸ L’aumento per la forma semplice di recidiva rimane invariato, oltretutto fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato. Per le ipotesi aggravate, invece, la sanzione non viene più aumentata sino alla metà, ma solamente fin a un terzo. Si sofferma su tutte le modifiche incidenti sul *quantum* di pena irrogabile ai sensi del nuovo art. 99 c.p., G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, cit. pp. 63-64, il quale parla di una «sensibile riduzione degli aumenti».

⁴⁹ È questa l’idea di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 307.

una posizione sull'annosa tematica del fondamento dell'istituto disciplinato dall'art. 99 c.p.

La Suprema Corte, infatti, sottolinea che per fare un uso corretto della nuova discrezionalità non è necessario chiedersi «se la causa dell'aggravante sia ravvisabile nell'aumento della pericolosità criminale dell'agente, oppure nella maggiore gravità del reato successivo ai percenti, per effetto del mutamento dell'energia spirituale che lo caratterizza»⁵⁰. L'aspetto centrale – si legge nel medesimo arresto – è che la nuova norma muove dalla premessa secondo la quale «l'esistenza e la quantità del disvalore subiettivo della fattispecie recidivale non possono essere oggetto di presunzioni legali, ma debbano essere lasciate all'accertamento compiuto dal giudice caso per caso».

Così l'aumento di pena è inopportuno tutte le volte in cui il nuovo reato non è conseguenza di un rapporto diretto con le precedenti condanne, ma deriva altresì da situazioni contingenti ed eccezionali: sono ritenute tali l'occasionalità della ricaduta, i differenti motivi che determinano il soggetto ad agire e la diversità di indole delle varie manifestazioni delinquenziali e persino il lungo intervallo di tempo tra i due episodi delittuosi⁵¹.

L'elaborazione di tali criteri da parte dei giudici di legittimità non esclude che vi siano alcune oscillazioni interpretative, ma lo sforzo profuso è senza dubbio lodevole. L'aver definito con sufficiente precisione i confini della discrezionalità favorisce infatti l'omogeneità e la coerenza delle decisioni giurisprudenziali, anche perché la parte di motivazione delle stesse nella quale si ritiene o si esclude l'aggravante deve essere congrua e logicamente corretta, per non andare incontro a una censura di legittimità. In questo modo si valorizza appieno il disposto dell'art

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 21 agosto 1975, Di Giorgio, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 1082. Un'esauritiva analisi delle soluzioni offerte dai giudici di legittimità ai nodi più problematici emersi con la nuova disciplina della recidiva è compiuta da R. BERTONI, *La riforma penale dell'aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., pp. 1393-1404.

⁵¹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 1975, Mori, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1977, p. 96, nella quale si legge che «un lungo periodo trascorso dall'imputato senza violare la legge penale dimostra il suo ravvedimento e quindi può giustificare l'esclusione della recidiva». I criteri sopra elencati sono espressi anche in Cass. pen., Sez. VI, 5 settembre 1974, Mele, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 163; Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 1974, Milo, *ivi*, 1976, p. 184.

132 c.p. e il magistrato diviene – secondo una celebre definizione – «il giusto vivente e la legge parla, come persona viva, per bocca di lui»⁵².

3. (segue) Ulteriori problemi interpretativi in ordine alla nuova “facoltatività” della recidiva

La novella del 1974, introducendo il regime discrezionale della recidiva a lungo invocato⁵³, ha sollevato sia il problema, appena affrontato, dei parametri necessari per orientare il giudice ed evitare ingiustificati arbitrii sia quello, altrettanto spinoso, dell’oggetto di tale facoltatività.

All’indomani della riforma, infatti, si fronteggiano due orientamenti diametralmente opposti: secondo il primo, nettamente maggioritario in giurisprudenza e più restrittivo, il potere del magistrato si limiterebbe alla mera esclusione dell’effetto principale della recidiva, ovverosia l’aumento di sanzione, mentre resterebbero comunque integre tutte le altre conseguenze negative. Seguendo tale filone interpretativo, non si tratterebbe quindi di escludere la recidiva, la quale, in seguito a contestazione, continuerebbe a qualificare in modo più grave il reato, specie per ciò che concerne la prescrizione, il regime di procedibilità, l’amnistia e gli altri effetti minori, ma non se ne terrebbe conto solamente per la commisurazione della pena in senso stretto⁵⁴.

⁵² L’espressione si ritrova in G. BELLAVISTA, *I criteri direttivi del potere discrezionale del giudice e la motivazione della sentenza*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 211. In tale saggio, tra i più rilevanti in tema di discrezionalità, l’Autore si sofferma molto sulla necessità di una puntuale motivazione da parte dei giudici nelle sentenze, poiché rappresenta l’unico strumento in grado di controllare l’esercizio del potere ed evitare «ch’esso trasmodi in arbitrio e soffra della ignava ratio che si annida (purtroppo molto spesso) nelle formulette pigre» (p. 214).

⁵³ L’esigenza di mutare il regime della recidiva da obbligatorio a discrezionale è presente fin dagli anni Sessanta in Italia: si veda, a titolo esemplificativo, il disegno di legge di G. ALESSI, *Proposta di modifica degli artt. 99, 100 e 106 cod. pen. sulla «recidiva»*, in *Riv. pen.*, 1968, pp. 744-746. L’onorevole evidenzia come la recidiva, nella visione originaria del 1930, non permettesse un’analisi della concreta specificità dei precedenti penali, aprendo la porta a inevitabili iniquità.

⁵⁴ Cfr. *ex plurimis* Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 1974, Scotti, in *Foro it.*, 1976, II, c. 7; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 1974, Caccavaro, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1976, p. 303, la quale afferma che la nuova formulazione dell’art. 99 c.p. non consente al giudice «la facoltà di escludere la recidiva», ma solamente «di non apportare alla pena da infliggere per il reato commesso l’aumento di pena corrispondente al tipo di recidiva contestata». Un’approfondita analisi giurisprudenziale delle due

La «palese irrazionalità»⁵⁵ della soluzione appena esposta emerge non appena si analizza a fondo la *ratio* che ha mosso il legislatore del 1974: è difficile pensare che quest'ultimo, fin troppo incline all'indulgenza, abbia voluto circoscrivere la facoltatività della recidiva al solo effetto principale, lasciando per contro fermi tutti gli ulteriori riflessi sostanziali. Ciò comporterebbe, inoltre, una innovazione *in peius* rispetto alla disciplina previgente, quantomeno nei casi previsti dall'abrogato art. 100 c.p. che, seppure in un numero limitato di ipotesi, permetteva al giudice di escludere totalmente la recidiva⁵⁶.

A questo argomento di tipo teleologico, se ne aggiunge un altro più prettamente giuridico-strutturale, fondato sulla natura dell'istituto in esame. La riforma, infatti, ha di sicuro accentuato il carattere circostanziale della recidiva, così come emerge dalla nuova formulazione dell'art. 69, comma 4, c.p., che espressamente rinvia all'ultimo comma dell'art. 70 c.p.⁵⁷. Ebbene – e qui sta il punto cruciale del discorso – se questa è la scelta legislativa, la recidiva deve necessariamente seguire le regole stabilite in tema di circostanze in senso tecnico e non porsi in palese contrasto ad esse.

diverse interpretazioni in ordine all'oggetto della nuova discrezionalità concessa al giudice è svolta da S. BENINI, *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 470 ss.; A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 70-75.

⁵⁵ L'espressione appartiene a E. DINACCI, *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giust. pen.*, 1988, II, c. 66.

⁵⁶ Cfr. sul punto V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed. (a cura di G.D. PISAPIA), vol. II, Torino, 1961, p. 703, il quale, analizzando i lavori preparatori che hanno portato all'adozione del testo normativo del 1930, sostiene che il giudice potesse escludere la circostanza della recidiva e non solo l'aggravamento per la stessa. L'interpretazione della disposizione di cui all'art. 100 c.p. sarebbe estremamente chiara: «l'esclusione riguarda la circostanza della recidiva e non soltanto l'aggravamento, così che essa si estende a tutti gli effetti conseguenti, i quali quindi non possono verificarsi».

⁵⁷ A favore della natura circostanziale F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, p. 127-128; M. MINERVINI, *L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 326; G. MULLIRI, *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, cit., p. 1321. In senso contrario G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, pp. 667-668, il quale la definisce come una «qualificazione personale che riguarda il reo», allo stesso modo di G.D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1961, p. 974; F. GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, p. 56, che enuncia la complessa definizione di «*status* di pre-pericolosità». Sul versante giurisprudenziale, la Cassazione è unanime nel ritenere l'istituto ex art. 99 c.p. come un'aggravante in senso tecnico: si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 22 novembre, 1974, Ronchini, in *Giust. pen.*, 1976, II, c. 306; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 1974, Vianello, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1974, p. 404.

È noto che, in tale ambito, l'ordinamento rifiuta la discrezionalità "bifasica", peculiare procedimento che consentirebbe al giudice di esercitare il proprio potere non solo nel momento dell'individuazione della circostanza ma anche in quello, successivo, dell'applicazione o meno della stessa, una volta individuata⁵⁸. L'impostazione appena enunciata non può trovare spazio in un diritto penale come il nostro, ancorato al principio di legalità-tassatività e fondato su una netta distinzione tra i concetti di discrezionalità e di arbitrio⁵⁹. Sarebbe alquanto anomala allora una circostanza, come la recidiva, la quale dovesse essere sempre ritenuta esistente, ma il cui effetto principale – *id est* l'aumento di pena – potesse essere eliso dal giudice⁶⁰.

Per evitare di scardinare tutte le regole generali in tema di circostanze è quindi necessario ritenere – come fa una parte minoritaria della giurisprudenza⁶¹ – che la discrezionalità giudiziale investa l'esistenza stessa dell'aggravante. Non varrebbe, invece, replicare che non si tratterebbe dell'unico caso previsto dal codice in cui sono contemplati due momenti discrezionali, essendo già presenti gli artt. 114 e 117 c.p. in tema di concorso di persone⁶². Il verbo "può", che caratterizza tali disposizioni, deve essere interpretato tuttavia nel senso che «la legge affida alla discrezionalità del giudice il valutare se gli elementi concreti presentino o meno il

⁵⁸ Ripercorre il procedimento che porta all'individuazione di una discrezionalità "bifasica", con particolare riferimento all'art. 62 *bis* c.p., M. MASSA, *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959, pp. 35-42. In posizione critica rispetto a tale procedimento si pongono P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 337; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Padova, 2013, p. 409, che lo ritiene palesemente incostituzionale, poiché viola il principio della certezza giuridica.

⁵⁹ Secondo F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1022, infatti, l'idea della discrezionalità "bifasica" finirebbe inevitabilmente con il sovrapporsi a quella di arbitrio: il confine tra le due diverrebbe «impercettibile».

⁶⁰ Tale soluzione viene fermamente criticata da M. BOSCHI, *Osservazioni a Cass.*, 11-12-1974, in *Foro it.*, II, cc. 7-8. L'Autore la definisce come una «costruzione ibrida, non certo apportatrice di chiarezza, che farebbe un *mostrum* dell'istituto della recidiva».

⁶¹ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 1976, Tosto, in *Foro it.*, 1976, II, c. 137. Nella condivisibile pronuncia, i giudici di legittimità si chiedono, in modo problematico, per quale motivo «dovrebbe configurarsi, solo per la recidiva, l'anomala costruzione giuridica di una circostanza aggravante che può non comportare nessun aumento di pena, pur continuando a restare tale, poiché il giudice è sempre obbligato a contestarla e a mantenerla ferma».

⁶² L'osservazione è di F. GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, cit., p. 41.

valore di una circostanza, che egli ha l'obbligo però di applicare una volta che l'abbia considerata esistente»⁶³.

Abbandono della discrezionalità "bifasica" ma, allo stesso tempo, ripudio di ogni automatismo sanzionatorio codificato nella disciplina originaria per una maggiore individualizzazione della la pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.: è questo il "volto" della recidiva immaginato dal legislatore del 1974. Un istituto dalla natura circostanziale, dagli aumenti più contenuti ed equi, con un ruolo centrale affidato al giudice, il cui potere *ex artt.* 132-133 c.p. viene indubbiamente accresciuto⁶⁴. A ciò si aggiunge anche il nuovo limite di carattere generale introdotto dall'ultimo capoverso dell'art. 99 c.p., che, in un'ottica retributiva, cerca di non alterare del tutto l'equazione tra reato e pena⁶⁵.

Le modifiche apportate dalla novella legislativa rendono di certo la recidiva maggiormente compatibile con il dettato costituzionale, ma in parte la snaturano rispetto alla visione dei codificatori del 1930, soprattutto nella parte in cui viene inclusa nel giudizio di bilanciamento.

Il rischio, forse non adeguatamente considerato, è quello di un'eccessiva soccombenza dell'aggravante rispetto alle ritenute prevalenti attenuanti, con una conseguente scarsa efficacia della norma, sia in chiave special-preventiva che general-preventiva.

⁶³ Tale interpretazione, assolutamente condivisibile, è offerta da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 409. *Contra* F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1763, secondo il quale il giudice è «pienamente arbitro» rispetto a tali circostanze (artt. 114, 117 e 99 c.p.), ossia può riscontrarle come presenti nel caso di specie, senza tuttavia prenderle in considerazione in sede di determinazione della pena.

⁶⁴ Cfr. P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit., p. 366, il quale spiega in modo chiaro che il giudice, dinanzi a un soggetto che ricade nel reato, si trova di fronte a tre possibilità: in primo luogo può non ritenere la recidiva; se invece riscontra un legame tra i due illeciti può ritenerla e conseguentemente aumentare la pena; può infine ritenerla ma, in seguito al giudizio di bilanciamento, non operare alcun incremento sanzionatorio.

⁶⁵ L'art. 99, ultimo comma, c.p. stabilisce il principio secondo il quale l'aggravamento di pena non possa superare il cumulo delle pene risultanti dalle precedenti condanne. Ritiene tale disposizione frutto di un'esigenza retributiva che la recidiva vorrebbe soddisfare, F. GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, cit., p. 82.

4. Un istituto da eliminare? Spunti dal panorama tedesco

Le preoccupazioni messe in luce nel paragrafo precedente non tardano trasformarsi in un'amara realtà. L'ottica di umanizzazione del sistema, che aveva spinto il legislatore riformista del 1974, pervade in seguito anche l'operato della magistratura, attenta a non irrogare sanzioni troppo severe.

A farne le spese è la recidiva, la cui applicazione pratica diventa scarsissima, dal momento che i giudici, nell'esercizio del loro potere discrezionale, molto spesso la escludono e conseguentemente negano l'aumento di pena⁶⁶.

Le cause della disapplicazione dell'istituto devono essere ricercate, anche e soprattutto, nella sua inclusione nel giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*: nella maggior parte dei casi, infatti, le attenuanti vengono dichiarate prevalenti – o quantomeno equivalenti – alla contestata recidiva.

A ciò si aggiunga la permissiva prassi giudiziaria in merito alle attenuanti generiche, la cui concessione agli imputati, specie negli anni Novanta, è pressoché automatica⁶⁷, con il risultante effetto paralizzatore nei confronti dell'aggravante di cui all'*art. 99 c.p.* Da ultimo, persino taluni istituti processuali hanno contribuito a svuotare di rilevanza la recidiva, come, in particolare, il patteggiamento: le richieste di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*, infatti, vengono sovente accolte previo riconoscimento della soccombenza della recidiva, finanche reiterata e specifica, di fronte alle contrapposte attenuanti⁶⁸.

⁶⁶ Cfr., sul punto, T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 449, il quale parla di «deperimento applicativo» dell'istituto, dato da un uso eccessivamente lato del potere discrezionale da parte dei giudici, con il rischio di uno sconfinamento nell'arbitrio. Nello stesso senso si veda F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. (aggiornata da L. CONTI), Milano, 2003, p. 662, secondo cui «la voce recidiva non ha più spazio nei repertori e l'istituto [...] viene di consueto posto nel nulla nel giudizio di comparazione con le attenuanti».

⁶⁷ Tale rilievo è presente in E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, cit., p. 683. L'Autore sottolinea come si rischi di giungere a un risultato «paradossale»: le attenuanti generiche, che *ante* riforma del 2005 vengono sovente concesse qualora siano assenti precedenti penali, elidono l'effetto aggravatore della recidiva, fondato sul pregresso compimento di un reato.

⁶⁸ Per un inquadramento dell'istituto del patteggiamento si rimanda a M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009. Per un'analisi delle ricadute «sostanziali» di tale istituto, si

Così, all'inizio del nuovo millennio, il legislatore si trova di fronte a un bivio: può cercare di rivitalizzare un istituto caduto in desuetudine oppure cogliere l'occasione per espungerlo in via definitiva dal codice, così come auspicato da autorevole dottrina⁶⁹. Tale ultima strada è stata percorsa dal legislatore tedesco, che, con la riforma del 13 aprile 1986, ha abrogato il § 48 *StGB*, norma che disciplinava la figura generale di recidiva⁷⁰.

Bisogna premettere che nell'ordinamento tedesco la situazione era ben differente rispetto a quella italiana: l'inasprimento sanzionatorio per colui che ricadeva nel reato era mal tollerato, perché collideva apertamente con il fondamentale principio della responsabilità per il singolo fatto. Lo *Strafgesetzbuch* del 1871, discostandosi dalla gran parte dei codici preunitari e dal modello scelto nel codice napoleonico, prevedeva infatti esclusivamente l'ipotesi della recidiva specifica, relativa a cinque delitti: furto, rapina, frode, ricettazione e accattonaggio⁷¹.

Solo nel 1969 veniva introdotta la recidiva generica, la cui conseguenza, ai sensi del § 48 *StGB*, era quella di aumentare il minimo edittale della pena detentiva applicabile, che passava da un mese a sei mesi⁷². La vita dell'istituto della *Rückfall* è stata assai breve, posto che, come detto in precedenza, è stato abrogato neanche vent'anni più tardi, con la citata novella del 1986: tra le motivazioni che hanno indotto a compiere tale scelta rilevano soprattutto gli scarsi risultati ottenuti dalla norma sul piano della prevenzione speciale, dal momento che il ricorso a una pena

veda P. PITTARO, *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 5 ss.

⁶⁹ Cfr. M. ROMANO, pre art. 99, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, 2012, p. 86. Gli Autori si chiedono se sia opportuno conservare una simile aggravante all'interno del codice penale ovvero se non sia più opportuno «eliminarla del tutto».

⁷⁰ Il § 48 *StGB* è stato abrogato dalla XXIII legge di modifica del diritto penale del 13 aprile 1986 (*BGBI.*, I, 393).

⁷¹ L'elenco dei delitti a cui si applicava la recidiva è presente in E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 194. Per una puntuale analisi della normativa tedesca sull'istituto, dai codici preunitari alla riforma del 1969, si veda H. FROSCH, *Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB*, Tübingen, 1976.

⁷² Sul punto si veda *amplius* H.H. JESCHECK – T. WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V Auflage, Berlin, 1996, pp. 5-6.

detentiva più lunga non aveva portato a una migliore risocializzazione degli autori di reato, anzi, aveva ottenuto l'effetto opposto nell'ambito della microcriminalità⁷³.

Sarebbe errato, tuttavia, pensare che, in seguito all'intervento abolitore della recidiva, i precedenti penali siano divenuti totalmente ininfluenti per l'ordinamento tedesco. Questi ultimi rientrano ora all'interno dei criteri di commisurazione della pena in senso stretto, così come previsti dal § 46 StGB⁷⁴: il giudice, nel valutare la vita anteatta (*Vorleben des Täters*) dell'autore non primario, si orienterà dunque verso una sanzione che si discosti dal minimo edittale.

La soluzione adottata si può definire di compromesso, perché da una parte non ripudia *in toto* la valenza aggravatrice delle pregresse condanne, ma dall'altra ne relega l'influenza entro margini decisamente più ridotti che in passato. Lo stesso ordinamento italiano, negli auspici di parte della dottrina, dovrebbe seguire l'esempio tedesco, non considerando più i precedenti penali come una circostanza aggravante in senso tecnico, quanto piuttosto come un mero criterio di commisurazione, ai sensi dell'art. 133, comma 2, n. 2, c.p., in modo tale da non superare mai il limite superiore della cornice editale⁷⁵.

Per completezza, giova ricordare che il sistema penale tedesco prevede un'eccezione per gli autori di taluni gravi reati con pregresse condanne a pena detentiva, nei cui confronti può essere irrogata la misura della custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), ai sensi del § 66 StGB⁷⁶. Tale istituto, caratterizzato dalla

⁷³ Sulle cause che hanno portato all'abolizione dell'istituto si veda G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pp. 507-508. Tra di esse, l'Autore ricorda, in particolare, l'inefficacia special-preventiva del § 48 StGB e lo scarso effetto intimidatorio delle condanne precedenti.

⁷⁴ Il testo integrale del § 46 StGB, così come quello di tutte le altre norme del codice penale tedesco, è reperibile, in lingua italiana, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, 2003, p. 75. Per una ricognizione degli indici previsti nel § 46 StGB si rinvia a A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, pp.161-164; W. STREE – S. KINZIG, sub § 46, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, XXIX Auflage, München, 2014, pp. 774-818.

⁷⁵ Cfr. E. DOLCINI, *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, in A. BERNARDI – B. PASTORE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, pp. 32-33, secondo il quale tale soluzione si concilierebbe meglio con il principio della colpevolezza del singolo fatto. In termini non dissimili si esprime L. TUMMINELLO, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010, p. 210: l'Autore propende infatti per una valutazione dei precedenti penali nell'ambito della capacità a delinquere, all'interno della cornice edittale.

⁷⁶ L'istituto dell'internamento in custodia di sicurezza rappresenta l'ultimo mezzo per far fronte a tutti quei criminali per inclinazione, pericolosi per la società, nei confronti dei quali gli altri strumenti

detenzione per un periodo di tempo indeterminato nei confronti di soggetti pluri-recidivi e socialmente pericolosi, in realtà non trova frequentemente un'applicazione nella pratica, anche dopo l'abrogazione del § 48 *StGB*. I requisiti richiesti dalla norma, infatti, sono molto restrittivi e i giudici, dal canto loro, ritengono ingiusto prolungare la privazione della libertà personale oltre l'ammontare della pena detentiva meritata dal soggetto⁷⁷.

L'approccio è in parte cambiato negli ultimi anni, dal momento che il legislatore tedesco ha deciso di intervenire sull'ambito di applicazione della misura della custodia di sicurezza, ampliandolo notevolmente: alla "classica" figura prevista dal § 66 *StGB*, disposta al momento della pronuncia della sentenza, sono state affiancate due ulteriori ipotesi.

Nel 2002 viene introdotto il § 66a *StGB*, che disciplina la c.d. custodia di sicurezza con riserva, mediante la quale il giudice ha la facoltà di irrogare la misura in sede di condanna sulla base di un mero sospetto sulla pericolosità dell'autore. Il secondo intervento legislativo, datato 2004, riguarda la c.d. custodia di sicurezza postuma, che, ai sensi del § 66b *StGB*, può essere ordinata durante l'esecuzione della pena a prescindere da qualsiasi indicazione al riguardo nella sentenza, nei soli casi eccezionali in cui emergano in un momento successivo elementi idonei a evidenziare un'alta probabilità di commissione di nuovi reati⁷⁸.

sanzionatori del diritto penale si rivelano insufficienti. Per un quadro più approfondito si vedano P. BOCKELMANN – K. VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, IV Auflage, Munchen, 1987, p. 281-291; H.H. JESCHECK – T. WIEGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, cit., pp. 813-818; F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Torino, 2013, pp. 97-101.

⁷⁷ Cfr., sul punto, H.H. JESCHECK, *Introduzione*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, 2003, p. 24. L'Autore sostiene che la misura viene applicata solo ai criminali veramente pericolosi ed evidenzia come nel 1998 sia stata irrogata appena sessantuno volte in tutto lo Stato.

⁷⁸ Analizza in modo approfondito le misure introdotte nel 2002 e nel 2004, mettendo in luce anche i problemi del regime transitorio, F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, in particolare pp. 3283-3286; F. ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 327 ss.; S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco. Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, Il Senato*, 4 maggio 2011, 2 *BvR* 2365/09, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2011, in particolare pp. 6-9. L'Autrice pone in rilievo il fatto che nel 2010 il movimento normativo volto al potenziamento di tali strumenti di prevenzione speciale subisce una forte battuta d'arresto, dal momento che la legge di

Tale discutibile evoluzione normativa è frutto, almeno in parte, del panico sociale trasmesso dai *media*, che si sono profusi a trasmettere un senso di insicurezza, non corrispondente al reale andamento della criminalità nel territorio tedesco. Durante gli anni immediatamente precedenti alle riforme è stato dato estremo risalto ad alcuni cruenti delitti, commessi da soggetti appena tornati in libertà dopo aver scontato le loro pene⁷⁹.

La seguente ondata emotiva ha spinto il Parlamento ad approvare le menzionate leggi del 2002 e del 2004, con le quali hanno fatto ingresso nell'ordinamento misure – come la custodia di sicurezza postuma – che non sono disposte con la sentenza e dunque sono totalmente sganciate dal fatto di reato.

5. Una scelta diametralmente opposta: il disegno di legge Cirielli

I *mass media* giocano un ruolo di prim'ordine anche nelle vicende italiane, producendo una preoccupante distorsione dell'immagine del sistema penale.

Alcuni crimini, specie quelli violenti contro la persona e contro il patrimonio, vengono infatti iper-rappresentati sia sotto il piano quantitativo – mediante un travisamento del dato statistico – che dal punto di vista qualitativo, ovverosia tramite la selezione di condotte efferate e marginali, presentate al grande pubblico come il normale *iter* esecutivo di taluni delitti⁸⁰.

riforma dello *Sicherungsverwahrung* elimina dal sistema penale la previsione della custodia di sicurezza postuma per i soggetti imputabili.

⁷⁹ Cfr. C. PRITTWITZ, *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della custodia di sicurezza*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, p. 84. L'Autore è estremamente critico nei confronti di tale politica criminale "populista", che attenta le fondamenta dello Stato di diritto. Riporta alcuni casi che hanno suscitato sdegno da parte dell'opinione pubblica tedesca nei primi anni Duemila, anche a causa dell'eccessiva esposizione mediatica, KURY H., *Mass media e criminalità: l'esperienza tedesca*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine»*. 15-16 maggio 2003, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca, Milano, 2005, in particolare pp. 332-334.

⁸⁰ Tale analisi si ritrova in C.E. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 492 ss., il quale utilizza anche l'efficace espressione di «reato massmediatico».

Si pensi che, nei primi mesi del 2002, le maggiori testate televisive danno risalto prevalentemente ai crimini di terrorismo – giova ricordare la vicinanza con i tragici avvenimenti dell'11 settembre –, ai delitti contro persona e patrimonio, mentre vengono sotto-rappresentati i reati colposi, quelli contro l'onore e l'intero settore della criminalità economica⁸¹. Si crea così un forte sentimento di insicurezza collettiva, che può essere placato solamente con una dura lotta nei confronti del criminale, nemico della società e come tale da neutralizzare più che da recuperare.

In questo allarmante scenario, il legislatore, tra i vari strumenti giuridici a sua disposizione, coerentemente opta per una scelta antitetica rispetto a quella effettuata in ambito tedesco e decide di potenziare l'“arma” della recidiva, per dare un giro di vite alla delinquenza.

È interessante notare come tale istituto sia, da sempre, un preciso indicatore degli andamenti della politica criminale in un determinato periodo storico: se la modifica all'art. 99 c.p. del 1974 si inserisce in un contesto di generale umanizzazione del diritto penale, la “controriforma” si pone l'obiettivo di lottare duramente contro gli autori dei reati, mediante un inasprimento del trattamento punitivo nei loro riguardi.

L'idea di risollevare le sorti della recidiva, che era oramai finita ai margini del diritto penale, è senza dubbio condivisibile, non foss'altro perché vuole dare nuovamente rilievo – anche sul concreto piano applicativo – al maggiore disvalore della condotta del soggetto già reo rispetto a quella di un incensurato. Le legittime aspettative, tuttavia, vengono solo in parte soddisfatte dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, anche a causa di un cammino travagliato e delle profonde modifiche subite dal disegno di legge nei passaggi tra le due Camere⁸².

⁸¹ I dati precisi sono rinvenibili nella pregevole ricerca effettuata da FORTI G. – REDAELLI R., *La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine»*, cit., in particolare p. 18 ss. Gli Autori hanno monitorato tutte le notizie riguardanti i crimini, così come esposte dai telegiornali delle reti più importanti e dalle testate giornalistiche. A titolo esemplificativo, si pensi che il Tg1 si è occupato per oltre ventimila secondi dei delitti violenti contro la persona, a discapito dei soli novantasei (sic!) riservati alla criminalità economica, ai reati fiscali, fallimentari e societari (tabella presente a p. 22).

⁸² Ripercorre approfonditamente i lavori preparatori che portano all'adozione della legge 251/2005, F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in F.

Ci pare opportuno, a questo punto, soffermarci brevemente sulla genesi e sui contenuti di tale discusso provvedimento, soprattutto per la sua perdurante attualità e rilevanza, ricavabile dal numero considerevole di sentenze della Corte costituzionale che – ancora oggi – intervengono per scardinare gli automatismi sanzionatori previsti al suo interno⁸³.

Il lungo *iter* prende il via con una proposta di legge, il cui primo firmatario era originariamente l'on. Edmondo Cirielli, presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001⁸⁴: con tale programma di riforma si cerca di limitare drasticamente la discrezionalità dei giudici nel momento della commisurazione della pena, quale causa dell'eccessivo e diffuso clemenzialismo⁸⁵. In coerenza con questo obiettivo, l'art. 1 del testo circoscrive l'ambito di applicazione delle attenuanti generiche, che non possono essere concesse ai recidivi reiterati nonché agli autori di gravi reati, caratterizzati da un elevato allarme sociale, come gli artt. 600 *bis*, 600 *ter*, 609 *bis*, 609 *octies* c.p. e tutti i delitti commessi con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico.

Proseguendo lungo tale direttrice, si escludono dal giudizio di bilanciamento i casi di recidiva *ex art.* 99, comma 4, c.p. e nei confronti degli stessi soggetti si irrigidiscono i criteri per la concessione di numerosi benefici penitenziari. In tema di recidiva, inoltre, viene totalmente eliminata la discrezionalità giudiziale, sia per ciò che concerne l'*an* che il *quantum* di maggior pena applicabile: l'aumento, nella misura fissa di un sesto, ritorna a essere obbligatorio, come previsto nella disciplina del 1930.

GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, Milano, 2006, pp. 1-36.

⁸³ Per un'analisi delle pronunce del Giudice delle leggi si rimanda al Capitolo III del presente lavoro.

⁸⁴ Proposta di legge n. 2055, presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001, recante "Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi e di termini di prescrizione del reato", in www.camera.it.

⁸⁵ L'on. Cirielli, nella Relazione al progetto di legge n. 2055, sottolinea come molto spesso i giudici siano «schiacciati» da tale discrezionalità, per cui è necessario un intervento al fine di adeguare la legge alle intenzioni del legislatore e evitare così interpretazioni e applicazioni «distorte» del tessuto normativo (il testo integrale della Relazione è presente in www.camera.it).

Da ultimo, l'art. 4 del progetto si occupa, seppure in modo secondario e accidentale, del termine di prescrizione, ancorandolo al massimo edittale, tenuto conto dell'aumento di pena stabilito per le circostanze aggravanti. Ci preme sottolineare come il mancato richiamo delle circostanze attenuanti metta in luce l'originario intento della riforma, ovverosia evitare una contrazione del tempo necessario a prescrivere⁸⁶. A ciò si aggiunga il fatto che non viene alterato il meccanismo delle cause di interruzione, che *ante* riforma prevedeva l'allungamento del termine prescrizionale fino alla metà⁸⁷.

L'obiettivo del progetto, quale pensato dall'on. Cirielli, è dunque chiaro: non vi è alcun interesse a ritoccare verso il basso il periodo necessario a prescrivere ma la volontà è quella di circoscrivere al massimo il potere discrezionale del giudice, tramite puntuali modifiche ad alcuni istituti della parte generale, funzionali a una più efficiente lotta contro la criminalità. La recidiva, in questo contesto, dovrebbe tornare a svolgere il ruolo cardine del sistema sanzionatorio, con un'operatività assai maggiore rispetto al passato recente.

I lavori preparatori, tuttavia, prendono una piega del tutto inaspettata, dal momento che si innestano, in corso d'opera, interventi normativi antitetici rispetto agli scopi iniziali, tristemente legati ad alcuni processi in corso⁸⁸.

Viene prospettata, in primo luogo, una "superattenuante" a beneficio di imputati ultrasessantacinquenni mai condannati in precedenza con sentenza definitiva, applicabile qualora si proceda per un reato punito in astratto con una

⁸⁶ Nella già citata Relazione al progetto n. 2055 si legge che per molti reati «la pena edittale massima è di cinque anni e normalmente essi si prescrivono in dieci anni ma con il concorso di un'attenuante, di cui con la norma in vigore si valuta la diminuzione minima e quindi di un solo giorno, la pena diviene di quattro anni, undici mesi e ventinove giorni, con la conseguente diminuzione dei tempi di prescrizione in soli cinque anni».

⁸⁷ Sul meccanismo previsto qualora siano presenti atti interruttivi della prescrizione, così come previsto prima della legge 251/2005 e dopo la stessa, si veda A. BARAZZETTA, *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, in particolare pp. 173-182.

⁸⁸ A tal proposito, R. OLIVIERI DEL CASTILLO, *Ex Cirielli, la riforma al rovescio. Quel doppio binario è pericoloso*, in *D&G*, 2005, n. 40, p. 8, ricorda infatti come il provvedimento in esame si avvicini molto a una legge *ad personam*, posto che viene ribattezzato dalla stampa con il nomignolo "salva-Previti".

pena non eccedente i vent'anni di reclusione⁸⁹. Tale circostanza ha una forza di resistenza particolare perché, nel giudizio di bilanciamento con altre aggravanti, è sempre destinata a prevalere, indipendentemente da qualsiasi valutazione discrezionale del giudice. L'emendamento, successivamente ritirato, contraddice palesemente l'indirizzo di politica criminale alla base dell'iniziale proposta di legge e si allontana dal principio di certezza della pena, necessario per garantire l'efficacia general-preventiva delle norme penali.

Da questo punto di vista, l'evoluzione del testo normativo si rivela ancora più preoccupante: il disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati nel dicembre 2004⁹⁰ rimodula in parte i rigidi e obbligatori inasprimenti di pena nei confronti dei recidivi – sui quali ci soffermeremo nel prossimo paragrafo – e, soprattutto, si occupa del regime della prescrizione.

Il risultato che ne esce è radicalmente diverso da quello che aveva in mente l'on. Cirielli, il quale in seguito ritira la propria sottoscrizione dall'elaborato, definendolo un «organismo geneticamente modificato»⁹¹.

L'art. 6 del d.l. oramai *ex Cirielli* aggancia sempre il termine necessario a prescrivere al massimo della pena edittale, tuttavia apporta due rilevanti modifiche: in primo luogo, sancisce l'irrilevanza nel computo non solo delle attenuanti, ma anche di tutte le aggravanti, eccezion fatta per quelle ad effetto speciale.

La scelta, di per sé, potrebbe non essere considerata negativamente poiché determina, in modo costante e oggettivo, il lasso temporale, collegandolo con la gravità dell'illecito, senza alcuna valutazione soggettiva dei magistrati in merito all'esistenza o meno degli elementi circostanziali⁹². D'altra parte, se si legge tale previsione in combinato disposto con il nuovo "tetto" massimo stabilito qualora

⁸⁹ Cfr. E. DOLCINI, *Leggi penali "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 60-61, il quale taccia di «irragionevolezza» la disciplina prevista nell'emendamento proposto dall'on. Mario Pepe, deputato di Forza Italia.

⁹⁰ Disegno di legge n. 3247, approvato dalla Camera dei Deputati il 16 dicembre 2004, recante "Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi", in *www.senato.it*.

⁹¹ L'espressione, utilizzata dall'on. Cirielli, è ripresa da G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 172.

⁹² Cfr. D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, cit., pp. 255-257.

siano presenti atti interruttivi – pari a quello ordinario, aumentato solo di un quarto e non più fino alla metà – la conclusione muta, e non di poco.

Moltissimi gravi reati, puniti con cinque o sei anni di reclusione nel massimo, si estinguono per prescrizione dopo soli sette anni e mezzo, mentre con il precedente sistema per gli stessi il tempo dell’oblio maturava dopo quindici anni⁹³; diviene quasi impossibile, dunque, giungere a un accertamento definitivo della responsabilità nei confronti di autori di truffe per il conseguimento di erogazioni pubbliche, circonvenzioni di persone incapaci, calunnie, falsità materiali e ideologiche commesse da un pubblico ufficiale, favoreggiamenti reali e gran parte dei delitti tributari.

Riguardo al regime prescrizionale di questi ultimi, possiamo in via incidentale ricordare che la stessa Corte di giustizia dell’Unione europea si è recentemente espressa, censurando il meccanismo nazionale, nella parte in cui impedisce l’irrogazione di «sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell’Unione»⁹⁴.

Il quadro abbozzato descrive una situazione ai limiti del paradossale: l’opinione pubblica richiede la “mano dura” e la certezza di pena nei confronti dei

⁹³ Con il pregresso sistema delle classi di gravità, un delitto di media gravità, punito con la reclusione fino a sei anni, si prescriveva nel termine di dieci anni, che poteva essere aumentato delle metà, giungendo fino ai quindici anni, qualora fossero presenti atti interruttivi. Tale meccanismo è spiegato puntualmente da R. BRICHETTI, *Il restyling dei tempi di prescrizione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)*, cit., in particolare pp. 100-105.

⁹⁴ Corte di giustizia Ue, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco c. Italia*, dispositivo. Tale pronuncia ha suscitato un enorme dibattito, sia dottrinale che giurisprudenziale, dal momento che richiede ai giudici nazionali di disapplicare le norme – in particolare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, comma 2, c.p. – che prevedono un “tetto” invalicabile qualora siano presenti atti interruttivi. Ciò comporterebbe una violazione del principio di legalità, in particolare del corollario dell’irretroattività *in malam partem* delle norme penali, dal momento che gli autori dei reati tributari richiamati dalla Corte di giustizia si vedrebbero applicare un termine di prescrizione più lungo di quello previsto al momento della commissione del fatto. Per una ricognizione delle molteplici problematiche sollevate dalla sentenza dei giudici di Lussemburgo si vedano F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1564-1571; P. FARAGUNA – P. PERINI, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controllimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2016.

criminali, il legislatore si avvia a varare una riforma che, al contrario, garantisce la «certezza dell'impunità»⁹⁵ ai soggetti incensurati.

Per questi ultimi, anche qualora si rendano protagonisti dei gravi delitti in precedenza elencati, si prevede una rapida uscita dal circuito punitivo, nella prospettiva di un diritto penale «dell'amico»⁹⁶. I recidivi, come faremo meglio emergere in seguito, sono collocati invece su un binario differenziato, con tratti di estremo e, a volte, ingiustificato rigore, che conduce a pene (quasi) certe e draconiane.

Sono queste le «due anime»⁹⁷ della l. 5 dicembre 2005, n. 251⁹⁸, provvedimento che, distaccandosi di gran lunga dalla proposta originaria, fa dialogare funzionalmente – per non dire irrazionalmente⁹⁹ – tra loro due istituti come la prescrizione e la recidiva.

6. La rinnovata fisionomia della recidiva

Finora ci siamo soffermati sull'aspetto che ha maggiormente catalizzato l'attenzione dell'opinione pubblica e degli addetti ai lavori, ovverosia

⁹⁵ Utilizza tale espressione G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 977. L'autore critica apertamente la riforma, definendola «criminogena» poiché comporta «l'abolizione di fatto di norme centrali del sistema penale italiano». Sul versante istituzionale, forti censure provengono dal Consiglio Superiore della Magistratura: si veda la risoluzione approvata in data 23 febbraio 2005 dal *plenum* del CSM, in www.magistraturademocratica.it.

⁹⁶ La distinzione tra diritto penale dello "amico", che caratterizza la nuova disciplina della prescrizione, e diritto penale del "nemico", in ordine alla modificata figura della recidiva, è presente in G. RICCARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, in particolare pp. 513-541. Secondo l'Autore, la riforma contribuisce alla divaricazione del diritto penale, che è sempre di più «spietato con i deboli, e debole con i forti» (p. 527).

⁹⁷ Espressione mutuata da E. DOLCINI, *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Il Corriere del merito*, 2006, p. 55 ss.

⁹⁸ Legge 5 dicembre 2005, n. 251, recante "Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione", in *Gazz. uff.*, 7 dicembre 2005, n. 285.

⁹⁹ Cfr., sul punto, F. GIUNTA, *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, cit., p. 11, il quale sostiene che tale dialettica determini «un cortocircuito politico-criminale dagli effetti perversi».

l'abbattimento dei termini di prescrizione, quale strumento di salvataggio di personalità politiche finite nel ciclone giudiziario. La legge *ex Cirielli*, tuttavia, produce effetti altrettanto rilevanti per l'istituto di cui all'art. 99 c.p., ridisegnanandone, seppur in modo confuso, i contorni¹⁰⁰.

Come detto, la proposta di legge vuole rivitalizzare l'operatività della recidiva, modificandone i requisiti sia nell'*an* che nel *quantum*, per scongiurare la prassi lassista seguita dalla magistratura. Se questo è l'obiettivo dichiarato, non si capisce allora perché art. 4 della l. 251/2005 circoscriva l'ambito applicativo ai soli delitti non colposi, vale a dire quelli dolosi e preterintenzionali¹⁰¹, con esclusione di tutte le contravvenzioni e dei delitti dolosi.

Il Governo giustifica la scelta restrittiva con la necessità di selezionare, come presupposto oggettivo dell'istituto, i soli reati più gravi, al fine di contenere l'aumento della popolazione penitenziaria derivante dalla riforma¹⁰². Malgrado tale chiarimento, l'estromissione delle contravvenzioni e dei delitti colposi dalla sfera della recidiva si espone a serie riserve, che spingono autorevole dottrina a parlare di «odiosità di un privilegio categoriale»¹⁰³.

¹⁰⁰ Per un inquadramento delle innovazioni apportate dalla l. 251/2005 alla recidiva si vedano, prevalentemente in tono critico nei confronti della novella, L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, cit., p. 37 ss.; S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, cit., p. 53 ss.; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.; S. FIORE, *La "construction" de l'ennemi. La réforme de la récidive en Italie*, in AA.VV., *Le nouveau droit de la récidive. Actes du colloque du 25 janvier 2007 Université de Franche-Comté*, Paris, 2008, p. 57 ss.; B. GIANGIACOMO, *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251 del 2005*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4068 ss.; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 175 ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 32 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 3 ss.; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 61 ss.

¹⁰¹ Per S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, cit., p. 63, la nozione di "delitto non colposo" ricomprende anche tutti i casi nei quali si verifica un evento più grave, accollato all'agente, nella visione del 1930, a titolo di responsabilità oggettiva: l'Autore cita la categoria dei delitti aggravati dall'evento nonché la fattispecie *ex art. 586 c.p.*

¹⁰² Cfr. l'intervento alla Camera dei Deputati del Ministro Castelli, in data 15 dicembre 2004, in *www.adnkronos.it*.

¹⁰³ Così T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 33. Secondo l'Autore, non vi sarebbe alcuna ragione sufficiente ad autorizzare a ritenere sempre e comunque irrilevante la recidiva nelle contravvenzioni e nei delitti colposi.

In primo luogo, l'abolizione della figura del recidivo colposo, oltre a essere priva di un fondamento criminologico, esenta da maggiorazioni sanzionatorie fasce di delinquenza caratterizzate da notevole gravità e, soprattutto, da una «accentuata vocazione alla ripetizione seriale»¹⁰⁴; ci riferiamo agli omicidi colposi che avvengono nell'esercizio dell'attività medico-chirurgica ovvero a causa di sinistri stradali.

Così i giudici si ritrovano costretti ad ampliare la nozione di dolo eventuale per farvi rientrare – e conseguentemente punire in modo più rigoroso tramite la contestazione dell'aggravante *ex art. 99 c.p.* – le condotte di soggetti, già condannati in precedenza, che cagionino colposamente la morte della vittima in un incidente stradale¹⁰⁵. Questa censurabile prassi¹⁰⁶ poteva tranquillamente essere evitata, qualora il legislatore avesse ricompreso nell'alveo della recidiva tutte le figure di reato, secondo la disciplina originaria del 1930.

Perplessità sorgono anche in merito all'esclusione delle contravvenzioni che sovente sono poste a tutela di beni di rango primario, come la sicurezza sui posti di lavoro, l'ambiente, l'urbanistica e che – in tali casi – sono sorrette dall'elemento soggettivo del dolo¹⁰⁷.

La Corte costituzionale, tuttavia, dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità dell'art. 99 c.p., per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui limita l'applicazione dell'aggravante ai soli delitti non colposi. Per i giudici di Palazzo della Consulta, la scelta legislativa del 2005, operata per temperare il maggior rigore della riformata recidiva, rientra nell'ambito degli indirizzi

¹⁰⁴ Si esprime in tal modo E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, cit., p. 530.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 27 settembre 2012, n. 42973, in *Arch. circ. sin.*, 2014, p. 519; Cass. pen., Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Cass. pen.*, p. 2012, p. 1324 ss., con nota di V. NOTARGIACOMO, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: la necessaria, riaffermata, valorizzazione dell'elemento volontaristico del dolo*.

¹⁰⁶ Molto critico nei confronti della prospettata interpretazione giudiziale è E.M. AMBROSETTI, *Il nuovo volto della recidiva*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, p. 61, il quale parla di uno «stravolgimento» della nozione di dolo eventuale.

¹⁰⁷ In senso parzialmente contrario si veda L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, cit., p. 62, per il quale la scelta operata è «tutt'altro che irragionevole» poiché il regime estremamente severo della nuova recidiva sarebbe incompatibile con il trattamento sanzionatorio riservato a tali tipologie di illeciti, specie se commessi con colpa.

discrezionali di politica criminale e non introduce, di per sé, alcun elemento di incoerenza nel sistema penale, da sempre caratterizzato da un trattamento differenziato tra delitti e contravvenzioni, in relazione al disvalore maggiore tradizionalmente assegnato ai primi¹⁰⁸.

Il secondo importante intervento sull'istituto in esame concerne la rimodulazione degli aumenti di pena, che in linea generale vengono ritoccati verso l'alto rispetto al regime previgente e, soprattutto, sono previsti in misura tendenzialmente fissa: un terzo per il recidivo semplice, la metà per quello reiterato e due terzi per il soggetto recidivo reiterato aggravato¹⁰⁹. Ovviamente, resta fermo il limite previsto dall'ultimo comma della disposizione, che è rimasto immutato¹¹⁰ ma ora assume un ruolo ben più pregnante rispetto al passato e funge da vera e propria norma di garanzia per l'imputato, necessaria per arginare gli eccessi punitivi dello Stato.

La scelta legislativa di rendere obbligatorio l'aumento di pena solo nel *quantum* ma lasciarlo discrezionale nell'*an* si distacca dalle previsioni dell'originaria proposta di legge – che, come detto, non prevedeva alcun margine di facoltatività – e lascia francamente perplessi. Si è visto come i giudici, dopo la novella del 1974, si sono dimostrati assai restii ad applicare l'aggravante di cui all'art. 99 c.p. Tale tendenza non è destinata a mutare dopo la riforma del 2005, anzi, a maggior ragione, i rigorosi innalzamenti sanzionatori renderanno ancora più arduo giungere a un rin vigorimento dell'istituto e alla certezza del diritto.

Sarebbe forse stato più opportuno percorrere una strada diversa, qualificando come obbligatoria l'applicazione della recidiva ma allo stesso tempo tenendo ferma la discrezionalità del magistrato, ai sensi dell'art. 133 c.p., sulla quantità di maggior pena da irrogare. Così come si è persa un'occasione per eliminare la rilevanza perpetua della circostanza, i cui effetti dovrebbero essere

¹⁰⁸ Cfr. Corte cost., ord. 18 aprile 2007, n. 164, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1552.

¹⁰⁹ La puntuale elencazione degli aumenti per le differenti categorie di recidivi, sia prima che dopo la riforma, è presente in B. GIANGIACOMO, *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251 del 2005*, cit., pp. 4070-4071.

¹¹⁰ Per la precisione, anche l'art. 99, comma 6, c.p. ha subito una modifica, tuttavia si tratta di un adattamento meramente lessicale, resosi necessario per coordinare il nuovo regime della recidiva: il riferimento al "nuovo reato" è difatti sostituito con la locuzione "nuovo delitto non colposo".

circoscritti in un tempo ragionevole e non dovrebbero perseguire il già reo come un marchio indelebile per tutta la sua vita futura¹¹¹.

A dire il vero, la legge *ex Cirielli* prevede alcuni casi di obbligatorietà: ci riferiamo all'ipotesi in cui un soggetto, già condannato irrevocabilmente in precedenza, commetta uno dei gravi delitti previsti nel "catalogo" *ex art. 407*, comma 2, lett. a), c.p.p. In tali situazioni, l'art. 99, comma 5, c.p., introdotto *ex novo* nel 2005, stabilisce espressamente che «l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto».

Tralasciando la farraginosità del testo, ulteriore esempio della imprecisa tecnica legislativa utilizzata, la nuova norma solleva molteplici perplessità, specie per il rinvio alla norma del codice di rito¹¹². L'elenco ivi presente riunisce figure criminose molto eterogenee tra loro, accomunate non tanto dalla gravità, quanto piuttosto dalla complessità dell'accertamento probatorio, che rende necessaria la proroga sino a due anni delle indagini preliminari: tra di esse possiamo ricordare, a titolo esemplificativo, i reati di criminalità organizzata, alcune ipotesi di violenza sessuale, l'omicidio doloso, la rapina aggravata, il sequestro di persona a scopo di estorsione e le fattispecie in materia di armi ed esplosivi¹¹³.

Il giudice, in tali evenienze, deve quindi limitarsi a un mero riscontro formale, avente ad oggetto l'esistenza dei requisiti richiesti dall'art. 99, comma 5, c.p., senza poter in alcun modo accertare in concreto un legame "qualificato" tra i due illeciti. Siamo così di fronte automatismo sanzionatorio, o, secondo parte della

¹¹¹ Cfr., sul punto, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 177, per il quale è «assurdo» che la recidiva abbia una valenza senza limiti temporali.

¹¹² Critica molto lo strumento del rinvio, specie a una norma del codice di rito, G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, cit., p. 1325, che definisce tale scelta come una delle tante «stranezze» della l. 251/2005.

¹¹³ Per L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, cit., p. 63, tali illeciti non risultano omogenei neppure sotto il profilo della comminatoria edittale, criterio quest'ultimo che avrebbe dovuto guidare il legislatore nella scelta di quali figure far rientrare nel regime di obbligatorietà della recidiva.

dottrina, a una vera e propria presunzione legale di pericolosità¹¹⁴, basato sulla gravità dei reati e sul particolare allarme sociale che destano nella collettività¹¹⁵.

Il problema è che tale automatismo non si basa sull'*id quod plerumque accidit*, ovverosia non è dotato di un sufficiente fondamento empirico, e ciò è dovuto a due ordini di ragioni. Oltre al fatto che, come detto, non è possibile rinvenire una *ratio* che accomuni tutte le fattispecie indicate nell'articolo del codice di rito, si deve evidenziare come la giurisprudenza ritenga sufficiente che rientri nel "catalogo" solamente il secondo delitto, c.d. espressivo, mentre non rileva la tipologia del primo.

Tale interpretazione – si legge in alcune pronunce dei giudici di legittimità – è «quella più conforme allo spirito dell'aggravante, che vuole punire più severamente il soggetto che, già condannato, manifesta la sua pericolosità commettendo un delitto particolarmente grave quali quelli rientranti nell'art. 407 c.p.p., comma 2»¹¹⁶.

Balza subito agli occhi l'irragionevolezza della soluzione offerta: si pensi all'esempio di un soggetto, con a carico un solo e lontano precedente per diffamazione, che commette, a distanza di anni, una rapina aggravata *ex art.* 629, comma 3, c.p. Ebbene, costui subisce un aumento obbligatorio di un terzo della pena per il nuovo delitto, a prescindere da un qualsivoglia legame tra le due condotte criminose, senza contare poi che il medesimo automatismo non è previsto nella situazione inversa, qualora cioè venga realizzata prima la rapina e solo in seguito il reato di cui all'art. 595 c.p.

¹¹⁴ Così T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 l. 5.12.2005 n. 251*, cit., p. 453, il quale ritiene che il legislatore abbia re-introdotto presunzioni alle legali di pericolosità che fino agli anni ottanta reggevano il sistema delle misure di sicurezza.

¹¹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 25 ottobre 2007, n. 45334, in *Guida dir.*, 2008, 3, p. 82. Nella motivazione della sentenza si legge espressamente che «i reati contemplati nella disposizione citata, tutti particolarmente gravi, sono sintomatici di un alto indice di pericolosità».

¹¹⁶ Così, in motivazione, Cass. pen., Sez. I, 12 novembre 2009, n. 46875, in *C.E.D. Cass.*, 246254. Conformi, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. II, 11 giugno 2009, n. 27599, in *C.E.D. Cass.*, 244268; Cass. pen., Sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243, in *Riv. pen.*, 2008, p. 401. L'orientamento, assolutamente dominante in giurisprudenza, è condiviso anche dalla dottrina: cfr., sul punto, M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in C. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, pp. 169-170.

Il proposito legislativo di realizzare un trattamento punitivo più rigoroso per i recidivi autori di gravi reati si scontra dunque con alcuni principi cardine del nostro ordinamento, come quelli di ragionevolezza e di uguaglianza, a causa di una norma – *id est* l'art. 99, comma 5, c.p. – non adeguatamente ponderata¹¹⁷ e obbiettivamente mal scritta.

L'obiettivo dell'on. Cirielli, di per sé condivisibile, avrebbe potuto essere raggiunto facilmente mediante una disposizione più aderente al dettato costituzionale, se solo si fosse utilizzato un diverso criterio per orientare il regime dell'obbligatorietà: invece di soffermarsi sulla gravità del reato, infatti, ci si sarebbe dovuti concentrare sulla «gravità della recidiva»¹¹⁸, costruendo un automatismo basato sull'omogeneità degli illeciti, sulla breve distanza temporale nella commissione degli stessi nonché sull'affinità delle modalità della condotta.

7. Il recidivo reiterato: il precedente americano delle “Three Strikes Laws”

Le modifiche introdotte dalla legge 251/2005 per contrastare i criminali recidivi non si esauriscono in un generalizzato inasprimento degli aumenti di pena e in un parziale ritorno al passato per ciò che concerne i casi di obbligatorietà *ex art.* 99, comma 5, c.p., ma investono anche e soprattutto una particolare categoria di soggetti, che fino ad ora abbiamo volutamente tralasciato: i recidivi reiterati.

Sono loro i veri nemici della società, da combattere e isolare tramite una serie di interventi che rivoluzionano *in peius* il trattamento giuridico loro riservato, non solo in fase di comminatoria edittale ma anche durante l'espiazione della pena.

Per comprendere meglio le motivazioni che hanno condotto a tale opinabile scelta, ben lontana dal dogma del diritto penale del fatto e affine piuttosto a un

¹¹⁷ L'art. 99, comma 5, c.p. non era infatti previsto nella versione originaria della proposta di legge n. 2055 ed è stata introdotta solo nel dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione del testo da parte della Camera dei Deputati.

¹¹⁸ Efficace espressione utilizzata da S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, cit., p. 72.

diritto penale d'autore¹¹⁹, è opportuno prendere in considerazione alcune leggi susseguitesi nel corso degli anni Novanta negli Stati Uniti, dalle quali il nostro legislatore ha preso spunto¹²⁰.

Ci riferiamo alle “*Three Strikes Laws*”, una serie di provvedimenti legislativi (*statutes*) caratterizzati da un estremo rigore nei confronti degli individui che ricadono per la terza volta nel crimine, destinati a pene detentive di lunghissima durata, finanche indeterminate¹²¹. Il nome rimanda alle regole del *baseball*, ai sensi delle quali il battitore che fallisce per tre volte il colpo viene eliminato definitivamente dal gioco; allo stesso modo, il recidivo reiterato subisce una pena sproporzionata, finalizzata alla neutralizzazione dello stesso dal sistema per salvaguardare i consociati.

Interessante notare come la scelta statunitense si ponga agli antipodi rispetto a quella tedesca, che abbiamo evidenziato nei paragrafi precedenti: da una parte si abroga il § 48 *StGB* nell'ottica di una colpevolezza riferita al singolo fatto, mentre

¹¹⁹ Cfr., sul punto, le preoccupazioni di G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559, che lamenta in alcuni casi «infiltrazioni del diritto penale d'autore, anche nel diritto penale garantista».

¹²⁰ Significativo, a tal proposito, l'intervento alla Camera dei Deputati dell'allora Ministro Castelli, in data 15 dicembre 2004, in www.adnkronos.it. Il Ministro menziona, tra le fonti di ispirazione del disegno di legge, le “*Three Strikes Laws*”, grazie alle quali negli Stati Uniti «i delitti sono drammaticamente crollati».

¹²¹ La bibliografia sull'argomento è molto vasta: l'opera più significativa è la monografia di F.E. ZIMRING – G. HAWKINS – S. KAMIN, *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, Oxford, 2001. Si vedano, inoltre, B. BROWN – G. JOLIVETTE, *A primer: Three Strikes – The impact After More Than a Decade*, in www.lao.ca.gov, ottobre 2005; J. CLARK – J. AUSTIN – D.A. HENRY, “*Three Strikes and You're Out*”: A Review of State Legislation, in www.ncjrs.gov, settembre 1997; S. EHLERS – V. SCHIRALDI – J. ZIEDENBERG, *Still Striking Out: Ten Years of California's Three Strikes*, in www.justicepolicy.org, marzo 2004; S. EHLERS – V. SCHIRALDI – E. LOTKE, *An Examination of the Impact of California's Three Strikes Law on Afro-Americans and Latinos*, in www.justicepolicy.org, ottobre 2004; V. SCHIRALDI – J. COLBURN – E. LOTKE, *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 years after their Enactment*, in www.justicepolicy.org, settembre 2004; M. VITIELLO, *Three Strikes: Can We Return to Rationality?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1997, vol. 87, p. 395 ss.; F.E. ZIMRING – G. HAWKINS, *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*, New York, 1995. In lingua italiana si vedano F. BOTTALICO, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in V. GAROFOLI (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006, p. 17 ss.; A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 833 ss.; M.M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 417 ss.; M. NUNZIATA, *Three strikes and you're out. Pro e contro una recente «misura anticrimine» statunitense: l'ergastolo obbligatorio per i plurirecidivi di gravi crimini*, in *Riv. pen.*, 1997, p. 791 ss.; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 5 ss.

oltreoceano la recidiva occupa un ruolo di prim'ordine – per non dire eccessivo – nell'irrogazione della pena.

La prima legge americana di questo stampo viene approvata nel 1993 nello Stato di Washington, sotto la presidenza Clinton, il quale utilizza l'espressione "*three strikes and you're out*" come motto dell'intera campagna, per rassicurare la popolazione sull'attuazione di politiche oppressive contro i criminali incalliti¹²².

Negli anni successivi l'esempio viene seguito da altri ventisei ordinamenti e persino da quello federale¹²³. Le numerose leggi, accomunate dal medesimo nome, differiscono le une dalle altre sotto svariati aspetti, come la selezione dei reati che costituiscono un precedente rilevante, il numero di condanne necessarie per cagionare la neutralizzazione dell'individuo e le conseguenze della "eliminazione" stessa del recidivo reiterato¹²⁴. Nonostante la diversa formulazione delle norme, la *ratio* sottostante è uguale in tutti gli Stati: si ritiene che la crescente delinquenza sia causata da un ristretto numero di criminali pericolosi e – riprendendo un'espressione cara ai positivisti – incorreggibili, dai quali gli onesti cittadini devono essere protetti e salvaguardati.

Tra i vari provvedimenti, ne spicca uno in particolare, quello emanato nello Stato della California nel 1994, sia perché paradigmatico dell'ideologia punitiva del diritto penale "del nemico", sia perché è il solo che produce effetti rilevanti sul piano applicativo: gran parte delle leggi, infatti, sono considerate "simboliche", ovverosia prive di un reale impatto sulla prassi giudiziaria¹²⁵. In California, invece, a dieci anni

¹²² Cfr., sul punto, V. SCHIRALDI – J. COLBURN – E. LOTKE, *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 years after their Enactment*, cit., p. 3. Gli Autori riportano il pensiero del Presidente Clinton, il quale sottolinea ai suoi elettori come tale provvedimento sarebbe diventato, nel giro di pochi anni, «*the law of the land*».

¹²³ Cfr., sul punto, F.E. ZIMRING – G. HAWKINS – S. KAMIN, *Punishment and Democracy*, cit., p. 17.

¹²⁴ Per un'analisi completa delle singole legislazioni si rimanda a J. CLARK – J. AUSTIN – D.A. HENRY, "*Three Strikes and You're Out*": A Review of State Legislation, in www.ncjrs.gov, cit., pp. 7-9. Gli Autori mettono in luce le differenze intercorrenti nei vari Stati in merito a tre parametri: *Strike Zone Defined*, *Strikes Needed To Be "Out"*, *Meaning of "Out"*.

¹²⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, cit., p. 835, secondo la quale le normative statunitensi sono «leggi che abbaiano ma non mordono». L'unica eccezione è rappresentata dalla legge dello Stato della California, che, al contrario, «morde più di quanto non abbaia».

di distanza, sono oltre quarantaduemila i detenuti a causa dall'intervento legislativo, a differenza delle poche centinaia di persone negli altri Stati¹²⁶.

La motivazione di questo enorme squilibrio va ricercata nell'estrema ampiezza dei presupposti applicativi della legge, che commina pene di lunghissima durata ai soggetti, già condannati due volte in precedenza per crimini gravi o violenti, che commettano in seguito un qualsiasi *felony*. Il rigore della legge è senz'altro dovuto ad alcuni efferati casi di cronaca, in particolare due omicidi di giovani ragazze in un breve arco temporale a opera di soggetti pluripregiudicati¹²⁷. Tali episodi hanno suscitato un «panico morale»¹²⁸ nella popolazione, ingigantito – qui come in Italia e in Germania – dall'operato dei *mass media*¹²⁹.

Il risultato è una disciplina assolutamente irrazionale, che punisce il recidivo reiterato non tanto per il fatto commesso, ma per le condanne ricevute in precedenza. Sembra, insomma, che la vita pregressa rappresenti una sorta di marchio indelebile, nell'ottica di un preoccupante ritorno al passato, a tradizioni medievali che dal XIX secolo in poi sono state superate.

Venendo al meccanismo di applicazione della legge dei “tre colpi”, possiamo affermare che è relativamente semplice: chiunque si sia macchiato di due delitti definiti *serious* o *violent* subisce obbligatoriamente l'irrogazione di una pena detentiva indeterminata nel massimo e non inferiore a venticinque anni nel minimo,

¹²⁶ I dati, che si riferiscono all'anno 2004, sono rinvenibili in V. SCHIRALDI – J. COLBURN – E. LOTKE, *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 years after their Enactment*, cit., pp. 13-16.

¹²⁷ Ripercorrono il peculiare *iter* di approvazione della legge e i casi di cronaca che hanno scandalizzato l'opinione pubblica F.E. ZIMRING – G. HAWKINS – S. KAMIN, *Punishment and Democracy*, cit., pp. 4-7; F. BOTTALICO, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, cit., pp. 20-23.

¹²⁸ L'espressione «panico morale» è mutuata da M.M. FEELEY, *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi “tre volte e sei eliminato”*, cit., p. 417. L'Autore sottolinea, inoltre, come non è la prima volta che viene adottato negli Stati Uniti un provvedimento molto rigoroso sull'onda di un forte populismo: già negli anni Settanta il governatore Rockefeller propose l'ergastolo, il divieto di patteggiamento e altre misure restrittive nei confronti di coloro che vendevano o erano trovati in possesso di stupefacenti ovvero commettevano crimini sotto l'effetto di tali sostanze.

¹²⁹ M. VITIELLO, *Three Strikes: Can We Return to Rationality?*, cit., p. 396, riporta i risultati di un sondaggio svoltosi in America nel 1994: a causa delle distorte informazioni su giornali e telegiornali, il 73% della popolazione intervistata ritiene che i crimini stiano aumentando, quando in realtà sono in notevole calo.

qualora commetta un qualsiasi *felony*, ovverosia un reato che comporti la reclusione in una prigione federale¹³⁰.

Il “doppio binario” per questi soggetti è presente anche nella fase di esecuzione, dal momento che devono scontare tutto il periodo di detenzione in forma intra-muraria in un penitenziario statale (*prison*) e non possono beneficiare di alcuni istituti di favore, quali il *probation* e il *parole*.

Tra i delitti definiti *violent* o *serious* rientrano, ai sensi del § 667 e del § 1192.7 del *California Penal Code*¹³¹, non solo reati contro la persona di estrema gravità come omicidi, sequestri, rapine e violenze sessuali, ma anche alcuni delitti contro la proprietà di modesto disvalore penale come il *residential burglary*, definito come l'introduzione abusiva nella dimora altrui al fine di commettere un furto o un altro crimine¹³². A rendere ancor più vasto l'ambito applicativo della legge si aggiungono altri fattori: il terzo *strike* è dato dalla commissione di qualsiasi *felony* e il fisso inasprimento sanzionatorio si applica – almeno nelle originarie intenzioni del legislatore – obbligatoriamente, senza che il giudice abbia alcun potere discrezionale nell'escludere tale automatismo per le peculiari situazioni del caso concreto.

La politica criminale improntata al principio del “*tough on crime*”¹³³, ossia a una lotta ferrea contro il crimine, conduce ad alcune pronunce aberranti per reati

¹³⁰ Nel diritto penale statunitense vi è una *summa divisio* tra *felonies* e *misdemeanors*: i primi sono puniti con la reclusione non inferiore a un anno nelle prigioni federali (*prisons*), i secondi invece sono meno gravi e comportano il pagamento di una pena pecuniaria o la reclusione in un istituto penitenziario locale (*jail*). Per una ricognizione delle varie differenze, sia dal punto di vista sostanziale che processuale, tra queste due categorie di delitti si veda W.R. LAFAVE, *Substantive Criminal Law*, Eagan, 2003, § 1.6.

¹³¹ Il testo, in lingua originale, del § 667 e del § 1192.7 del *California Penal Code* è presente in F. BOTTALICO, *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, cit., p. 22, ntt. 10 e 12.

¹³² Critica sull'inserimento del *residential burglary* all'interno dell'elenco dei *serious felonies* è A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, cit., p. 841, la quale sottolinea come si tratti di un delitto dalla gravità estremamente modesta, la cui verifica nella prassi è tuttavia molto frequente.

¹³³ Il principio del “*tough on crime, tough with the causes of crime*”, che significa letteralmente “duri con il crimine, duri con le cause del crimine”, caratterizza la politica legislativa americana degli anni Novanta, nella quale vi è un forte discredito per le opinioni di professionisti ed esperti del settore, a favore delle correnti più marcatamente populiste. Le leggi scaturiscono quindi non da un ponderato dibattito politico-parlamentare, quanto piuttosto dalle (irrazionali) preoccupazioni e ansie dei cittadini, dal desiderio di vendetta delle vittime e di chi è poco considerato. In argomento si veda

bagatellari. Si pensi al caso di Jerry Dewayne Williams, “*the pizza thief*”, condannato all’ergastolo dopo avere rubato una fetta di pizza, perché gravato da due lontani precedenti per rapina e possesso di sostanze stupefacenti. Stessa sorte capita a Paul Lewis Hayes e a Duane Silva, incarcerati a vita per aver rispettivamente utilizzato un assegno falso della somma di ottantotto dollari e aver rubato un videoregistratore del valore di quaranta dollari¹³⁴.

I casi messi in luce sono paradigmatici di una legislazione che si pone quasi apertamente in contrasto con alcuni principi costituzionali, specie quello stabilito dall’Ottavo Emendamento, che proibisce punizioni crudeli e inusitate¹³⁵.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, chiamata a pronunciarsi sul punto, conferma tuttavia la legittimità costituzionale del provvedimento californiano, giustificato dalla necessità di garantire la sicurezza pubblica per il mezzo di trattamenti anche molto restrittivi e deterrenti nei confronti dei recidivi¹³⁶. I giudici supremi aggiungono una precisazione fondamentale, che ha delle ricadute applicative di non poco conto: la disciplina della recidiva risulta essere non contrastante con l’Ottavo Emendamento solamente se è discrezionale e non obbligatoria, per cui il giudice deve sempre avere la facoltà di applicare o meno il rigido automatismo.

Si sviluppa così una giurisprudenza in California che cerca di individuare i criteri per esercitare tale discrezionalità: si afferma che la regola dei tre colpi può non essere applicata qualora vi sia una condanna per un fatto tenue ovvero qualora il giudice ritenga che di non qualificare un precedente come crimine violento o

amplius D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2007, pp. 73-78, il quale cita altri esempi di provvedimenti e slogan populistici come “*Prison works*”, “*Truth in sentencing*” e “*No frill prison*”.

¹³⁴ Tali paradossali e inquietanti vicende giuridiche sono riprese da E. GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, pp. 62-66.

¹³⁵ Per un’analisi dei principi espressi nell’Ottavo Emendamento si rimanda a M. CHERIF BASSIOUNI, *Diritto penale degli Stati Uniti d’America* (Substantive Criminal Law), Milano, 1985, pp. 53-58. In particolare, il divieto di punizioni crudeli e inusitate, vincolante per tutti gli Stati, si riferisce sia alla natura della pena comminata che ai mezzi di esecuzione della sanzione.

¹³⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003); U.S. Supreme Court, *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003), in www.law.justia.com.

grave¹³⁷. Viene riconosciuto inoltre un principio generale, mutuato da una *rule* espressa dalla Suprema Corte californiana, secondo la quale sia il giudice che il pubblico ministero hanno la facoltà di non ritenere la recidiva «per il perseguimento della giustizia»¹³⁸.

La riconosciuta facoltatività della disciplina della *Three Strikes Law* nel sistema penale californiano permette di contenere il numero dei “nuovi” incarcerati e i costi per la finanza pubblica, che restano comunque ingenti. Le rilevazioni evidenziano, a tal proposito, come il provvedimento abbia comportato – nel arco temporale compreso tra il 1994 e il 2003 – un esborso superiore ai dieci miliardi di dollari per l’incremento delle spese processuali e della popolazione carceraria, che è aumentata quasi del 37%¹³⁹.

Per ciò che concerne la riduzione della criminalità, l’auspicato effetto deterrente e intimidatorio si è verificato solo in parte: i sostenitori della legge rimarcano il fatto che il tasso di delinquenza, ossia il numero di reati per centomila abitanti, sia sceso quasi del 40%, tuttavia il dato non è assolutamente correlato con l’applicazione della legge ma è il risultato di un *trend* generalizzato in tutti gli Stati Uniti. Se si confrontano i dati della California con quelli dello Stato di New York, infatti, si scopre infatti che in quest’ultimo – nel quale non è mai entrato in vigore un simile provvedimento contro i recidivi reiterati – la criminalità, anche violenta, si è praticamente dimezzata¹⁴⁰.

¹³⁷ Riporta la ricca casistica giurisprudenziale californiana F. BOTTALICO, *Three strikes and you’re out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, cit., pp. 33-34.

¹³⁸ Cfr. California Supreme Court, *People v. Superior Court (Romero)*, No. S045097, Jun 20, 1996, in www.law.justia.com: nella sentenza si parla espressamente della possibilità di non riconoscere la recidiva «in the furtherance of justice».

¹³⁹ Cfr. B. BROWN – G. JOLIVETTE, *A primer: Three Strikes – The impact After More Than a Decade*, cit., pp. 15-16. Secondo A. CAPUTO, *La recidiva tra indirizzi interpretativi e tendenze della politica criminale*, in *Quest. giust.*, 2007, 4, pp. 818-819, i provvedimenti statunitensi stravolgono il volto della giustizia penale e danno vita a «un processo di cancerizzazione gigantesco nella sua entità». Ricostruisce l’andamento della popolazione carceraria in California M. LOMBARDI STOCCHETTI, *Il carcere negli U.S.A., oggi: una fotografia. Il rapporto “Prisoners in 2013” dello U.S. Justice Departement*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2014, in particolare pp. 8-12. L’Autrice mette in luce la crescita esponenziale dei carcerati, che è durata sino al 2010, anno nel quale il Governatore dello Stato ha ordinato un vero e proprio svuotamento degli istituti penitenziari per combattere il sovraffollamento.

¹⁴⁰ Nello Stato di New York, durante il decennio 1993-2002, il tasso di criminalità è sceso del 49,6%, mentre in California “solo” del 38,8%. Non solo, nello Stato privo di una legge dei “tre colpi” sono diminuiti in maniera più significativa, nel medesimo lasso temporale, anche i crimini violenti: 53,90%

Vi è un ultimo e preoccupante aspetto su cui è opportuno fare una riflessione, ovvero l'applicazione «socialmente orientata»¹⁴¹ del provvedimento, che porta con sé forti squilibri in danno di soggetti deboli o emarginati. Uno studio fa emergere, infatti, come il riconosciuto potere discrezionale dei giudici venga esercitato solamente nei confronti di alcune categorie di soggetti, mentre per altre sembra quasi che persista ancora l'automatismo sanzionatorio¹⁴².

Un esempio può chiarire meglio il concetto: la popolazione nera rappresenta un'assoluta minoranza in California (6%), eppure il numero di soggetti afro-americani condannati a pene carcerarie di lunghissima durata a causa del terzo *strike* è di molto superiore rispetto a quello dei bianchi – oltre tremilatrecento contro meno di duemila – che invece costituiscono la metà degli abitanti dello Stato¹⁴³.

Al termine di quest'analisi sulle caratteristiche e gli effetti della “*Three Strikes Law*”, possiamo tranquillamente affermare che vi sono molte più ombre che luci e quindi il modello americano non sembra il migliore da importare. La neutralizzazione dei recidivi reiterati si pone difatti in contrasto con alcuni principi cardine del diritto penale del fatto, specie quello di proporzionalità della pena, non rappresenta un fattore decisivo nella riduzione della criminalità e per di più comporta degli elevati costi per l'amministrazione penitenziaria, che deve far fronte a un numero sempre crescente di detenuti.

contro il 44,90%. I dati provengono dall'analisi di V. SCHIRALDI – J. COLBURN – E. LOTKE, *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 years after their Enactment*, cit., pp. 9-10.

¹⁴¹ La definisce così A. DELLA BELLA, *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, cit., p. 853.

¹⁴² Ci riferiamo al lavoro di S. EHLERS – V. SCHIRALDI – E. LOTKE, *An Examination of the Impact of California's Three Strikes Law on Afro-Americans and Latinos*, cit., i quali analizzano il numero di condannati suddividendoli per etnie: neri, ispanici, bianchi. I dati evidenziano come gli afro-americani e i latini-sudamericani siano nettamente più colpiti dalla legge rispetto agli americani bianchi.

¹⁴³ Cfr. S. EHLERS – V. SCHIRALDI – E. LOTKE, *An Examination of the Impact of California's Three Strikes Law on Afro-Americans and Latinos*, cit., p. 3. Sono 3334 gli afro-americani condannati e rappresentato il 44,7% dei condannati totali per il terzo *strike*. Tra i bianchi, vi sono meno di duemila condannati (1896), pari al 25,4% del totale.

8. (segue) La disciplina nazionale e il “doppio binario”

Il legislatore italiano invece si ispira al «laboratorio giuridico-penale»¹⁴⁴ statunitense e predispone una disciplina estremamente rigorosa nei confronti del recidivo reiterato. Tale risultato viene raggiunto tramite un deciso contenimento della discrezionalità giudiziaria nella commisurazione della pena e una limitazione all'accesso a molteplici benefici premiali previsti dal nostro ordinamento, sulla scorta di una presunzione di immeritevolezza da parte del soggetto che ricade per la terza volta nel crimine¹⁴⁵.

In primo luogo, il novellato quarto comma dell'art. 99 c.p. stabilisce degli aumenti in misura fissa nel *quantum* – un mezzo nei casi di recidiva reiterata semplice, due terzi qualora sia aggravata – e, secondo i primi commentatori, obbligatori anche nell'*an*: la scelta di utilizzare nel testo il presente indicativo (l'aumento della pena “è”) parrebbe deporre in tal senso¹⁴⁶. In realtà, come specificherà in seguito la stessa Corte costituzionale, non si tratta di un automatismo sanzionatorio, poiché il verbo “è”, nella sua imperatività, fa riferimento solo alla misura rigida degli aumenti, mentre rimane immutato il potere discrezionale del giudice di escludere l'aumento stesso¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Espressione utilizzata da M. NUNZIATA, *Three strikes and you're out. Pro e contro una recente «misura anticrimine» statunitense: l'ergastolo obbligatorio per i plurirecidivi di gravi crimini*, cit., p. 791. Critico sull'influenza giuridica americana all'interno dell'ordinamento nazionale è G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Milano, 2002, p. 318, secondo il quale negli Stati Uniti «vive il futuro indesiderabile della nostra società».

¹⁴⁵ Per una puntuale analisi di tutti gli “effetti indiretti” della recidiva reiterata si vedano D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2467 ss.; S. TIGANO, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, p. 293 ss.

¹⁴⁶ A favore di tale interpretazione T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 32, secondo il quale «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella monoaggravata». Del medesimo avviso è G.M. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 47, mentre secondo D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato. Non convince l'aumento obbligatorio di pena*, in *D&G*, 2005, n. 46, p. 105, il regime dell'obbligatorietà si riferisce solamente alle ipotesi di cui all'art. 99, comma 4, c.p. e non al caso della recidiva pluriaggravata.

¹⁴⁷ Cfr. Corte cost., 14 giugno 2007, n. 192, cit. Più recentemente, si veda *Cass. pen.*, Sez. II, 17 aprile 2015, n. 26486, in *Giust. pen.*, 2016, II, c. 18, nella quale si legge che «la recidiva reiterata è facoltativa, essendo rimessa al giudice la valutazione, in concreto, dell'effettiva idoneità dei precedenti vantati dall'imputato ad incidere sul trattamento sanzionatorio ed a indicare il grado effettivo di colpevolezza».

Le modifiche più significative, tuttavia, non riguardano l'art. 99 c.p. bensì tutta una serie di disposizioni intimamente collegate, cosicché si giunge a una «abnorme sopravvalutazione»¹⁴⁸ del significato criminologico della recidiva reiterata.

In primo luogo, viene inserito un nuovo secondo comma all'art. 62 *bis* c.p., mediante il quale si è voluta limitare espressamente la possibilità di riconoscere le attenuanti generiche al recidivo reiterato.

L'applicazione delle stesse, infatti, non può fondarsi sui criteri soggettivi di commisurazione della pena *ex* art. 133, comma 1, n. 3 e comma 2, c.p., relativi all'intensità del dolo e al grado della colpa¹⁴⁹, nonché, più in generale, alla capacità a delinquere del reo.

Non si tratta di una preclusione assoluta, per cui, al di fuori dei vietati indici di tipo soggettivo, il giudice potrà valutare positivamente i residuali criteri oggettivi di cui all'art. 133 c.p., come le modalità dell'azione e la gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa¹⁵⁰. La limitazione riguarda, inoltre, solamente una categoria di recidivi reiterati, ovverosia quelli che hanno commesso uno dei gravi delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a) del codice di rito, purché – si noti ancora una volta la farraginosità del testo legislativo – punito con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni.

Sempre in tema di circostanze, un forte argine al potere discrezione concesso al giudice è previsto nel giudizio di bilanciamento, poiché è sancito a chiare lettere il divieto di prevalenza delle attenuanti rispetto alla contestata recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. Ne risulta dunque un giudizio di comparazione orientato in chiave

¹⁴⁸ Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino, 2006, p. 536. In termini analoghi si esprime G. FLORA, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, cit., p. 1326, il quale parla di una «ipervalutazione degli effetti straordinari» della recidiva.

¹⁴⁹ A tal proposito, V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., p. 113, ritiene «singolare previsione» quella del grado della colpa, poiché non considera che «la recidiva non abita più nell'universo colposo».

¹⁵⁰ Secondo G. AMATO, *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 56, il giudice, laddove ritenga di concedere le attenuanti generiche al recidivo reiterato, è tenuto quindi a una «motivazione rafforzata».

special-preventiva¹⁵¹, dove il legislatore presume che alcune aggravanti siano sintomatiche di una personalità talmente compromessa da impedire l'irrogazione di una sanzione troppo esigua. Anche in questo caso, tuttavia, non ci troviamo di fronte a un limite invalicabile, posto che l'art. 69, comma 4, c.p. non esclude l'equivalenza tra le circostanze di segno opposto, con la facoltà per il giudice di elidere l'effetto aggravatore della recidiva reiterata¹⁵².

Passando all'analisi della disciplina del reato continuato e del concorso formale, possiamo notare come l'art. 5 della l. 251/2005 aggiunga un ulteriore comma – il quarto – all'art. 81 c.p., ai sensi del quale l'aumento di pena non può essere comunque inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave qualora all'autore si stia applicata la recidiva ex art. 99, comma 4, c.p.¹⁵³ Tale norma rileva non solo perché prevede un "tetto" minimo all'aumento della sanzione, ma anche perché risolve definitivamente la questione, molto discussa negli anni precedenti, relativa alla compatibilità tra recidiva e continuazione¹⁵⁴.

L'orientamento maggioritario in giurisprudenza, in realtà, ritiene già da tempo applicabile il beneficio della continuazione anche al soggetto che perseveri nel proprio programma delittuoso dopo aver ricevuto una sentenza di condanna irrevocabile¹⁵⁵.

¹⁵¹ È questa l'idea di A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 39.

¹⁵² A tal proposito, T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 32, afferma che «la preclusione legale viene circoscritta alla sola prevalenza delle attenuanti, non quindi alla loro equivalenza. Si tratta di un *lapsus calami*, visto che, per neutralizzare il peso della recidiva reiterata [...] è sufficiente la valutazione "compensativa di una sola attenuante". S. TIGANO, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, cit., p. 302, sottolinea inoltre come il giudice possa valutare di non applicare la recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p. e procedere conseguentemente alla riduzione di pena base per le attenuanti, scendendo così al di sotto dei limiti edittali.

¹⁵³ L'art. 5 della l. 251/2005 è intervenuto anche sull'art. 671, comma 2 *bis*, del codice rito, che richiama espressamente la disciplina di cui all'art. 81, quarto comma, c.p. Sull'argomento si veda R. BARTOLI, *Commento all'art. 5 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 454 ss.

¹⁵⁴ Sull'argomento si rinvia a D. POTETTI, *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, cit., pp. 2475-2478.

¹⁵⁵ Tale orientamento scaturisce da una pronuncia delle Sezioni Unite, che hanno sancito la compatibilità tra gli istituti della recidiva e della continuazione, sicché, qualora ne sussistano le condizioni, vanno applicati entrambi, praticando l'aumento per la recidiva sul reato base e successivamente quello per la continuazione: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 17 aprile 1996, Zucca, in *Cass. pen.*, 1997, p. 354, con nota di G. DIOTALLEVI, *La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella*

Riesce difficile comprendere, tuttavia, come il giudice possa da un lato infliggere al reo il più lieve cumulo giuridico di pene *ex art. 81, comma 2, c.p.*, in luogo di quello materiale, mentre dall'altro ritenere il medesimo soggetto meritevole dell'aggravamento di pena ad opera della recidiva. I due istituti – recidiva e continuazione – si basano infatti su un fondamento logico-giuridico diverso, per non dire antitetico: l'uno di tipo afflittivo, l'altro clemenziale¹⁵⁶.

Da ultimo, ma non di certo per l'importanza delle ricadute applicative, la recidiva reiterata influisce negativamente anche sui termini di prescrizione. Ai sensi dell'*art. 157, comma 2, c.p.*, per computare il tempo necessario a prescrivere si deve tenere conto di tutte le aggravanti ad effetto speciale, tra le quali rientra quella *ex art. 99, comma 4, c.p.*

Se questa scelta appare sensata, dal momento che la recidiva è una circostanza che aggrava il disvalore del reato e conseguentemente richiede lo scorrere di un periodo più lungo prima del raggiungimento del "tempo dell'oblio", lo è molto di meno quella effettuata dall'*art. 6, comma 4, della l. 251/2005*¹⁵⁷, il quale inserisce il nuovo *art. 160, comma 2, c.p.* La norma da ultimo citata prevede un trattamento *ad hoc* per recidivi reiterati anche per ciò che concerne la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione, di talché il "tetto" massimo non è più quello ordinario maggiorato di un quarto, bensì fino a due terzi.

L'irrazionalità di tale decisione è palese, per la ragione che la recidiva non ha nulla a che vedere con gli atti processuali che interrompono la prescrizione¹⁵⁸, ma

prospettiva nomofilattica delle Sezioni unite. Nello stesso senso, più recentemente, si vedano Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37759, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1134; Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2013, n. 41881, in *www.iusexplorer.it*.

¹⁵⁶ Tale opinione è sostenuta, anche dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, da V.B. MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplici*, Padova, 2002, in particolare p. 333 ss.; P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit., p. 368. In giurisprudenza si veda una risalente pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, nella quale si stabilì che «le norme sulla continuazione non sono applicabili ai reati commessi dopo il passaggio in giudicato della condanna, dovendo per essi applicarsi la disciplina della recidiva, inconciliabile per il suo fondamento razionale e per i suoi effetti con quella della continuazione»: cfr. Cass. pen., Sez. Un., 4 maggio 1968, Pierro, in *Giust. pen.*, 1968, II, c. 803.

¹⁵⁷ Un'attenta analisi dell'*art. 6 della l. 251/2005*, che si occupa dei nuovi termini di prescrizione, è svolta da F. GIUNTA, *Commento all'art. 6 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 465 ss.

¹⁵⁸ Così G. MARINUCCI, *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, cit., p. 982, il quale critica la scelta di legare la disciplina degli atti interruttivi alla recidiva reiterata. L'Autore

soprattutto perché conduce a degli effetti estremamente ineguali e differenziati. Si pensi a un reato punito con la reclusione fino a sei anni nel massimo: ebbene, se commesso da un soggetto incensurato, si prescriverà – termini interruttivi compresi – in sette anni e sei mesi, mentre se l'autore è un recidivo reiterato il periodo è di (addirittura) quindici anni¹⁵⁹.

Il “doppio binario” per questo nuovo tipo normativo d'autore si estende non solo alla commisurazione della sanzione in senso lato, ma coinvolge anche la successiva fase di esecuzione della pena, a partire dal meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione per le pene detentive brevi¹⁶⁰.

Alle preclusioni originariamente previste dall'art. 656, comma 9, c.p.p., concernenti in particolar modo gli autori di gravi reati associativi di cui all'art. 4 *bis*

rileva come, alla base di tale irrazionalità, vi possa essere una «logica propagandistica» che vuol far passare la legge *ex Cirielli* come un provvedimento che dà «una stretta alla recidiva».

¹⁵⁹ In tal caso, infatti, il tempo necessario a prescrivere si calcola aggiungendo, *ex art.* 157, comma 2, c.p. il massimo edittale (6 anni) l'aumento previsto per la recidiva reiterata (un mezzo, per cui si arriva a 9 anni). Il “tetto” massimo, in caso di atti interruttivi, è quindi dato dai 9 anni, che possono essere aumentati, così come stabilito dall'art. 161, comma 2, c.p., fino a due terzi, ovverosia fino a 15 anni. Critica questo complesso e irragionevole meccanismo D. MICHELETTI, *La nuova disciplina della prescrizione*, cit., p. 290, secondo cui «risulta assai difficile trovare una plausibile spiegazione del perché il processo penale che riguarda un pregiudicato debba richiedere un tempo più lungo di quello concesso per un identico accertamento di responsabilità nei confronti di un incensurato». Per cercare di limitare gli effetti negativi della recidiva in tale ambito, una recente, ma isolata, pronuncia della Cassazione ha stabilito che è «possibile tener conto della recidiva reiterata al fine dell'individuazione del termine prescrizione-base, ai sensi dell'art. 157, comma secondo, cod. pen., o del termine massimo, ai sensi dell'art. 161, comma secondo, cod. pen., ma non contemporaneamente per tali fini, altrimenti ponendosi a carico del reo lo stesso elemento, in violazione del principio del “*ne bis in idem*” sostanziale» (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 9 settembre 2015, n. 47269, in *www.ilpenalista.it*, con nota di L. AIELLI, *Effetti della recidiva reiterata specifica infraquinquennale sulla prescrizione*).

¹⁶⁰ Per un quadro delle innovazioni apportate dalla legge 251/2005 alla fase di esecuzione della pena e all'ordinamento penitenziario si veda C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 315-323; M. D'AGNOLO, *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)*, Padova, 2006, p. 193 ss.; A. MARCHESELLI, *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, pp. 79-83; M. MONTELEONE, *Questioni in tema di recidiva reiterata e di esecuzione penale*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1713-1718; L. BISORI, *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 44 ss.; A. MARTINI, *Commento all'art. 7 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 478 ss. Un'analisi della giurisprudenza in siffatta materia, alla luce delle modifiche introdotte dalla riforma, è svolta da G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011, in particolare pp. 15-20.

ord. pen., se ne aggiunge infatti un'altra, che riguarda i recidivi reiterati¹⁶¹. Il risultato è il seguente: la pena per il delinquente primario resta sospesa, in attesa di un giudizio di meritevolezza dell'esecuzione esterna della condanna, mentre il recidivo, a parità di sanzione, è senz'altro destinato all'ingresso in carcere, salva la possibilità di richiedere "da detenuto" le misure alternative, tra l'altro solitamente con limiti aggiuntivi e a condizioni più gravose.

Lo statuto penitenziario di tali soggetti infatti si caratterizza per il divieto di concessione, per più di una volta, dell'affidamento in prova ordinario, della detenzione domiciliare e della semilibertà (art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. pen.). A ciò si accompagna persino una decisa rivalutazione, in senso restrittivo, della disciplina dei permessi premio di cui all'art. 30 *quater*, della detenzione domiciliare *ex* 47 *ter* e della semilibertà ai sensi dell'art. 50 *bis* ord. pen., che – come affermato da attenta dottrina – eleva a potenza gli effetti negativi della recidiva reiterata, considerata come un «moltiplicatore penale e penitenziario»¹⁶².

Si viene così a creare un insolito parallelismo tra coloro che ricadono per la terza volta nel crimine e gli appartenenti ad associazioni criminali *ex* art. 4 *bis* ord. pen.¹⁶³, dal momento che il rigoroso regime penitenziario stabilito per queste due differenti categorie di soggetti è quasi parificato.

Da un lato, tuttavia, le molteplici limitazioni in sede esecutiva si giustificano con la necessità di isolare i vertici delle associazioni criminali, specie mafiose, in modo favorire una collaborazione attiva con l'autorità giudiziaria¹⁶⁴; dall'altro, il trattamento sanzionatorio per i soggetti di cui all'art. 99, comma 4, c.p. risponde

¹⁶¹ Sulla disciplina della sospensione dell'ordine di carcerazione si veda, per tutti, V. MACCORA, *La disciplina dell'art. 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998 n. 165*, in A. PRESSUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (legge 27 maggio 1998, n. 165)*, Padova, 1999, p. 74 ss.

¹⁶² Utilizza questa efficace metafora C. FIORIO, *Inasprimento al divieto di concedere benefici penitenziari*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, p. 226.

¹⁶³ Tra i gravi reati elencati all'interno dell'art. 4 *bis* ord. pen. si possono menzionare, in particolare, i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, quelli *ex* artt. 416 *bis* e 416 *ter* c.p. nonché la tratta di persone e l'acquisto e l'alienazione di schiavi.

¹⁶⁴ Cfr., sul punto, C. BERGAMASCO, *Le innovazioni in materia di benefici penitenziari*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, pp. 167-168.

solamente a istanze di tipo retributivo e soprattutto repressivo. Il recidivo reiterato è difatti considerato dal legislatore come un soggetto non emendabile, pericoloso per la società e per tale motivo da punire con lunghe pene detentive, da scontarsi interamente o quasi in forma intramuraria, senza possibilità di fruire di misure alternative o permessi premio.

Lo scenario tratteggiato è incoerente ed estremamente preoccupante.

Da un punto di vista pragmatico, gli automatismi introdotti dalla legge *ex Cirielli*, in special modo quelli nella fase esecutiva, rischiano di creare – anzi, come vedremo in seguito, creeranno – un forte aumento della popolazione carceraria, incidendo pesantemente sull'endemico problema del sovraffollamento¹⁶⁵.

Dogmaticamente, la riforma del 2005 identifica nel recidivo reiterato un preciso tipo normativo d'autore¹⁶⁶, esasperando il significato criminologico della terza ricaduta nel crimine, i cui effetti si riverberano, simultaneamente, sulla commisurazione della pena in senso stretto, sul bilanciamento delle circostanze, sul computo dei termini prescrizionali finanche sui benefici premiali previsti dall'ordinamento penitenziario. Non è azzardato affermare allora che la circostanza *ex art. 99, comma 4, c.p.*, lungi dall'essere una mera aggravante, diventi uno *status* soggettivo, un «marchio di Caino»¹⁶⁷ indelebile che perseguita il condannato lungo tutta la sua esistenza.

La tenuta costituzionale di un siffatto impianto nei confronti dei recidivi è alquanto dubbia: sin da una prima lettura emergono chiaramente numerosi profili di irragionevolezza¹⁶⁸ e di disparità rispetto ai delinquenti primari, nonché un

¹⁶⁵ Prospetta questo problema, sin dall'entrata in vigore della novella, E. RANDAZZO, *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 4, secondo il quale la legge produrrà effetti «devastanti» in termini di «aumento insostenibile» della popolazione carceraria. In termini simili si esprime G. INSOLERA, *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 41, che parla di «carcerizzazione di massa».

¹⁶⁶ Sui tipi d'autore previsti dall'ordinamento penale si veda, in via generale, A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, 1967, in particolare p. 263 ss.

¹⁶⁷ Espressione utilizzata, in tono critico, da M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 14.

¹⁶⁸ Mette puntualmente in luce l'irragionevolezza dell'intera disciplina nei confronti del recidivo reiterato C. RENOLDI, *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva e principio di ragionevolezza*, in *Quest.*

numero eccessivo di automatismi sanzionatori, che non permettono al giudice di calibrare adeguatamente la pena al caso concreto. Proprio per tali ragioni, negli anni successivi alla riforma la Consulta si troverà a dover valutare la legittimità di svariate norme introdotte con la legge n. 251 del 2005, riuscendo a “smantellare” la quasi totalità delle preclusioni ivi stabilite.

giust., 2006, 3, p. 609 ss., secondo il quale il legislatore ha erroneamente emesso «un assiomatico giudizio di pericolosità o di maggiore riprovevolezza» nei confronti di tale soggetto.

CAPITOLO III

La recidiva dinanzi alla Carta costituzionale

SOMMARIO: 1. I nodi irrisolti e il ruolo crescente dei giudici di Palazzo della Consulta - 2. L'intervento sulla disciplina transitoria - 3. La fondamentale pronuncia in merito alla perdurante discrezionalità della recidiva reiterata - 4. Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e presunzioni assolute - 5. La "sentenza pilota" relativa alla blindatura del giudizio di bilanciamento *ex art. 69, comma 4, c.p.* - 6. (segue) Gli interventi successivi - 7. La recidiva in sede di esecuzione - 8. I tortuosi rapporti fra recidiva reiterata, continuazione e cumulo giuridico delle pene - 9. La fine annunciata di un discutibile automatismo: Corte costituzionale e recidiva obbligatoria a confronto

1. I nodi irrisolti e il ruolo crescente dei giudici di Palazzo della Consulta

Come si è cercato di evidenziare, il sistema complessivamente varato dalla legge del 2005 contro i recidivi si caratterizza per una spiccata obbligatorietà e un numero considerevole di presunzioni assolute, che rilevano sia nella fase della comminatoria edittale che in quella successiva dell'esecuzione.

Negli anni seguenti alla novella, il legislatore non ritorna sui propri passi nonostante le critiche mosse da gran parte della dottrina, anzi alcune riforme continuano a escludere dal novero dei beneficiari di alcuni trattamenti di favore coloro che hanno alle spalle uno o più precedenti penali. Basti pensare alla recente introduzione dell'istituto della esclusione della non punibilità per particolare

tenuità del fatto, che all'art. 131 *bis*, comma 3, c.p. prevede alcune presunzioni assolute di abitudine del comportamento, come tali ostative al riconoscimento della predetta causa di non punibilità¹. Tra di esse, spicca l'aver commesso «più reati della stessa indole»: nonostante il mancato riferimento all'aggravante *ex art. 99 c.p.*, è chiaro che la condizione di recidivo, quantomeno reiterato e specifico, impedisca la fruizione di tale istituto di favore da parte dell'imputato².

La Corte costituzionale, a differenza del legislatore, inizia a occuparsi con sempre maggiore frequenza della controversa disciplina della recidiva e degli istituti a essa collegati, per cercare di riportare il sistema alla razionalità.

Nelle pagine seguenti cercheremo di ripercorrere i vari interventi che si sono susseguiti nel corso degli ultimi anni, fino a giungere all'attuale “volto costituzionale” della recidiva³. I passaggi da fare sono molteplici e – crediamo – non ancora terminati, posto che la situazione si rivela al giorno d'oggi estremamente dinamica e suscettibile di ulteriori aggiustamenti. Si vedrà, inoltre, come è mutato nel tempo l'approccio della Corte costituzionale, dapprima molto timorosa e conservatrice, mentre in seguito inizia a intervenire con sempre maggiore incisività.

Per iniziare questo lungo cammino, bisogna premettere che i rapporti tra i giudici di Palazzo della Consulta e l'aggravante di cui all'art. 99 c.p., negli anni

¹ Con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, il Governo ha attuato la delega conferitagli dal Parlamento con la legge 67/2014 e ha previsto una disciplina specifica in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto. Per un'analisi del nuovo istituto e delle molteplici problematiche connesse, sia da un punto di vista sostanziale che processuale, si veda C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 517 ss.; P. PERINI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in P. PITTARO (a cura di), *La normativa penale 2012-2015. La disciplina anticorruzione e le principali innovazioni alla parte generale del codice penale*, Trieste, 2015, p. 53 ss.

² Cfr., sul punto, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Trento, Decreto legislativo 16 marzo 2015 n. 28. *Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. m), della legge 28 aprile 2014, n. 67. Prime riflessioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 giugno 2015, p. 6, dove si afferma espressamente che la recidiva reiterata e specifica è ostativa all'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.

³ Si occupano dei recenti interventi della Corte costituzionale in tema di recidiva R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 14 ss.; G. LEO, *Circostanze del reato. La recidiva nella prospettiva costituzionale. Voce per “Il libro dell'anno del diritto Treccani 2012”*, in *www.treccani.it*; G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 dicembre 2010, pp. 21-23. G. BONIFACIO, *Gli interventi del Giudice delle leggi sulla recidiva*, in *www.ilpenalista.it*, 18 ottobre 2016. L'espressione “volto costituzionale” è ripresa da F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 88, il quale tuttavia l'ha utilizzata con riferimento al reato.

anteriores al 2005, sono stati praticamente assenti: si può parlare quindi di una sorta di quiete prima della tempesta scatenata dalla legge *ex Cirielli*.

Fino al 1974, infatti, il contesto culturale penalistico non era ancora pronto e maturo per rileggere la circostanza alla luce degli innovativi principi costituzionali, nonostante la disciplina originaria prevedesse alcune evidenti criticità, fra tutte il binomio genericità-obbligatorietà, connesso alla valenza perpetua⁴.

Dal 1974 alla riforma del 2005, la recidiva perde quasi del tutto la propria rilevanza sul piano applicativo, a causa – come sottolineato nel capitolo precedente – della generalizzata discrezionalità in capo ai giudici, anche rispetto al giudizio di bilanciamento, dove l'aggravante finiva quasi sempre per soccombere. Il ruolo degli "effetti indiretti" era inoltre molto più marginale, non era previsto alcun legame tra *status* di recidivo e modalità di esecuzione penitenziaria, per cui le tensioni con i postulati costituzionali erano meno acute.

In realtà, vi sono alcune pronunce che si occupano delle presunzioni connesse ai precedenti del reo, di talché investono, almeno incidentalmente, la problematica della recidiva. Ci si riferisce agli arresti che si soffermano sulla legittimità dell'art. 164, comma 4, c.p., nella parte in cui vieta di concedere per la terza volta la sospensione condizionale della pena, nei casi in cui il cumulo delle sanzioni sia comunque inferiore al limite dei due anni⁵.

La Corte riconosce l'esistenza di una preclusione assoluta, data dalla presenza della terza condanna, tuttavia la ritiene non irragionevole e quindi non accoglie la questione prospettata con riferimento all'art. 3 Cost. Il legislatore, infatti, «non è caduto in alcuna contraddizione» poiché ha sì previsto una disciplina più favorevole nei confronti del già condannato, fondata su una «prognosi di ravvedimento»⁶, prognosi che però diventa via via meno credibile laddove si vada oltre la recidiva primaria e si giunga a casi di recidiva plurima. Il tetto dei due anni

⁴ L'idea di un contesto ancora troppo «acerbo» per una lettura costituzionalmente orientata degli istituti si ritrova in R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., p. 15.

⁵ Cfr. Corte cost., sent. 30 luglio 1980, n. 133, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1132; Corte cost., sent. 18 luglio 1991, n. 361, in *Cass. pen.*, 1992, p. 595, con nota di E. SERRAO, *Sulla sospensione condizionale della pena*, p. 1153 ss.; Corte cost., ord. 16 novembre 1993, n. 393, in *Giur. cost.*, p. 3318.

⁶ Cfr. Corte cost., sent. 30 luglio 1980, n. 133, cit.

è dunque una condizione necessaria ma non sufficiente per poter usufruire dell'istituto *ex art. 163 c.p.*, poiché è indispensabile che l'esecuzione della condanna non sia già stata sospesa in due precedenti occasioni⁷.

Altra preclusione sulla quale sono stati chiamati a interrogarsi i giudici di legittimità è quella relativa al divieto di accesso al patteggiamento allargato da parte dei recidivi reiterati, così come previsto dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p., in seguito alla modifica del 2003⁸.

La norma, a differenza di quella in tema di sospensione condizionale, si riferisce espressamente ai soggetti «dichiarati recidivi ai sensi dell'art. 99, quarto comma» ed è sintomatica dell'inizio di un percorso discriminatorio, che raggiungerà il suo apice con la più volte menzionata legge 251/2005. Si noti anzitutto l'uso non propriamente corretto dei termini giuridici, dal momento che l'aggravante *ex art. 99 c.p.*, al pari di tutte le aggravanti, non deve essere «dichiarata», ma solamente «ritenuta» e «applicata» rispetto ai reati in relazione ai quali è contestata: le stesse Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi sul punto, affermeranno che la disposizione del codice di rito, così come modificata, è «imprecisa sotto il profilo tecnico»⁹.

A prescindere dall'inciso sull'involuta tecnica legislativa utilizzata, la Corte costituzionale anche in questo caso salva la disposizione e dichiara manifestamente infondate le censure sollevate, sull'assunto che non è irragionevole o arbitraria una

⁷ E. SERRAO, *Sulla sospensione condizionale della pena*, cit., p. 1156, evidenzia come quest'ultima condizione abbia una «funzione autonoma e distinta» rispetto al limite dei due anni.

⁸ Legge 12 giugno 2003, n. 134, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti», in *Gazz. uff.*, 14 giugno 2003, n. 136. Per una ricognizione sulle novità introdotte dal provvedimento legislativo alla disciplina del patteggiamento allargato e alle preclusioni previste nei confronti di alcune categorie di autori di reato si veda G. DI CHIARA, *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato: le risagomature dello spettro applicativo e del regime premiale*, in F. PERONI (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Torino, 2004, in particolare pp. 35-41; F. PERONI, *L'applicazione della pena su richiesta*, in F. PERONI - M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, p. 8 ss.

⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094, con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*. Nella pronuncia si sottolinea che tale imprecisa locuzione è stata utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica, essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico *status* (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.

disciplina che escluda dall'applicazione del patteggiamento tali individui, in virtù della loro maggiore pericolosità sociale rispetto a colui che è incensurato¹⁰.

Non solo, l'opzione seguita dal legislatore è giudicata conseguenza coerente della rinnovata fisionomia del rito e si pone come uno strumento di «riequilibrio» rispetto alla «scelta di dilatare il perimetro della giustizia penale negoziata»¹¹. Le preclusioni soggettive – concernenti anche i delinquenti abituali, professionali o per tendenza – servono dunque a bilanciare, nel pieno rispetto della discrezionalità legislativa, il più vasto ambito applicativo dell'art. 444 c.p.p., tramite l'esclusione di alcune categorie di autori percepiti dalla coscienza sociale come non meritevoli di un trattamento di vantaggio¹².

Alla luce delle pronunce evidenziate, si possono formulare alcune brevi considerazioni.

In questa prima fase, i giudici di legittimità, nell'analizzare gli effetti della recidiva incidenti sulla punibilità in senso lato, si muovono con estrema cautela e rimarcano con forza la discrezionalità del Parlamento in ordine alle valutazioni di politica criminale. Viene anzi affermata la legittimità e la ragionevolezza di trattamenti differenziati nei confronti del recidivo, il quale è «un soggetto che delinque volontariamente pur dopo aver subito un processo ed una condanna per un delitto doloso, manifestando l'insufficienza, in chiave dissuasiva, dell'esperienza diretta e concreta del sistema sanzionatorio penale»¹³.

¹⁰ Cfr. Corte cost., ord. 23 dicembre 2004, n. 421, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1565; Corte cost., ord. 28 dicembre 2006, n. 455, *ivi*, 2007, p. 2444, con nota di R.M. GERACI, *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato*.

¹¹ Cfr. Corte cost., ord. 28 dicembre 2006, n. 455, cit.

¹² Secondo R.M. GERACI, *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato*, cit., p. 2453, le cause ostative oggettive sono infatti ispirate a una «logica di difesa sociale di tipo specialpreventivo».

¹³ Cfr. Corte cost., sent. 8 luglio 2010, n. 249, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2996, con nota di F. VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*. Si noti che tale pronuncia si occupa solo incidentalmente della recidiva, nella parte in cui la differenzia dall'aggravante della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11 *bis*, c.p., dichiarata incostituzionale nel medesimo arresto.

2. L'intervento sulla disciplina transitoria

L'atteggiamento della Corte costituzionale muta nel momento in cui inizia a occuparsi delle norme introdotte dalla legge *ex Cirielli*, a partire da quelle che regolano la disciplina transitoria riguardante la prescrizione¹⁴.

L'originario art. 10, comma 3, della l. 251/2005 prevedeva che i termini più brevi di prescrizione si applicassero anche ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore del provvedimento, ad esclusione «dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione».

Il Giudice delle leggi censura parzialmente tale disposizione per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede come spartiacque temporale in primo grado l'apertura dibattimentale: la scelta legislativa di derogare al generale principio della retroattività *in mitius* della norma prescrizionale più favorevole «non è sorretta da giustificazioni di ordine logico» e «non è assistita da ragionevolezza»¹⁵.

A seguito della pronuncia, i più brevi termini di prescrizione divengono applicabili in tutti i processi pendenti in primo grado al momento dell'entrata in vigore della riforma, mentre resta ferma l'inapplicabilità degli stessi nei processi pendenti in grado d'appello o cassazione¹⁶.

¹⁴ Un'accurata analisi degli interventi della Corte costituzionale in merito alla disciplina transitoria della legge *ex Cirielli*, sia sul fronte della recidiva sia su quello della prescrizione, è svolta da G. BUONOMO – F. RESTA, *Recidiva e diritto transitorio nella "prescrizione breve" attraverso la lente della lex mitior*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 533 ss. Solleva dubbi su tale disciplina, sin dall'entrata in vigore della legge, A. LIPRINO, *Problemi di diritto e procedura penale della legge "ex Cirielli"*, in *Giust. pen.*, 2006, III, cc. 573-576, secondo cui rappresenta indubbiamente «uno dei punti più controversi» della riforma.

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. 23 novembre 2006, n. 393, in *D&G*, 2006, n. 45, p. 50, con nota di P. FERRUA, *Ex Cirielli, così cade la norma transitoria. Ombre sul controllo di ragionevolezza. Iter argomentativo discutibile nel rapporto premesse-conclusioni*. In tale arresto, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251, limitatamente alle parole «dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché».

¹⁶ La ragionevolezza dell'esclusione dell'applicazione della *lex mitior* in materia di prescrizione nei gradi successivi viene confermata dal Giudice delle leggi negli anni seguenti: si vedano, in particolare, Corte cost., sent. 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3021; Corte cost., 28 marzo 2008, n. 72, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1338. La Corte valorizza in particolare modo la derogabilità del principio della *lex mitior*, che tuttavia deve essere sorretta da una logica razionale, come nel caso in cui si debbano bilanciare contrapposti interessi di rango costituzionale. Per una ricognizione di

Per ciò che concerne la disciplina transitoria della recidiva, che più ci interessa, i giudici di Palazzo della Consulta non si occupano direttamente dell'art. 99 c.p., ma del più rigoroso trattamento penitenziario disposto nei confronti dei recidivi reiterati, a partire dalle limitazioni alla fruizione dei permessi premio¹⁷.

L'art. 30 *quater* ord. pen., introdotto dall'art. 7 della l. 251/2005, richiede infatti che il condannato abbia scontato almeno due terzi della pena inflitta prima di poter beneficiare di un permesso premio, a differenza di quanto avveniva *ante* riforma, quando era necessaria l'espiazione di solo metà della sanzione¹⁸. Il problema si pone rispetto alla possibilità di applicare retroattivamente e *in peius* tale disposizione anche a soggetti che abbiano formulato l'istanza sotto la vigenza della pregressa disciplina, ben più favorevole.

L'art. 10 della legge *ex* Cirielli, in tema di successione di norme nel tempo, non è utile a risolvere il quesito, poiché, al di là di un generico richiamo all'art. 2 c.p., non chiarisce se le norme penitenziarie abbiano natura sostanziale o processuale, applicandosi in tale ultimo caso il canone del *tempus regit actum*¹⁹. Quest'ultima interpretazione è accolta quasi unanimemente dai giudici di legittimità, sulla scorta che le modifiche al regime penitenziario altro non sarebbero che dei meri "aggiustamenti di procedura" e come tali non riconducibili nell'alveo dell'art. 25, comma 2, Cost.²⁰

questo complesso cammino si rimanda a G. BORGNA, *Retroattività in mitius e norme sulla prescrizione: profili critici della giurisprudenza CEDU sul regime transitorio della ex-Cirielli*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, in particolare pp. 1001-1004.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2720, con nota di G. LA GRECA, *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*.

¹⁸ Per una puntuale analisi della disciplina dei permessi premio dopo la riforma del 2005 si veda C. FIORIO, *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 319.

¹⁹ Cfr. D. MICHELETTI, *Commento all'art. 10 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 505-506, secondo il quale la disciplina transitoria «non brilla certo per esaustività e chiarezza, alimentando al contrario così tanti dubbi interpretativi».

²⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2006, n. 24561, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3963. Si vedano altresì Cass. pen., Sez. I, 8 ottobre 2013, n. 46409, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 2004, n. 1975, in *D&G*, 2005, n. 11, p. 37, con nota di A. NATALINI, *Ordinamento penitenziario e benefici: la reformatio in peius è ammessa. Via libera alle norme sopravvenute più restrittive per i reclusi*.

La Corte costituzionale in realtà glissa sulla spinosa questione ed evita di pronunciarsi in merito alla riconducibilità della materia penitenziaria all'interno dell'ambito di tutela offerto dal *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tuttavia dichiara parzialmente incostituzionale l'art. 30 *quater* ord. pen. sulla base dell'altro parametro invocato dal giudice remittente, ovverosia l'art. 27, comma 3, Cost.

Il Giudice delle leggi, riprendendo un principio già sancito in alcune pronunce precedenti²¹, riconosce che gli sbarramenti e le limitazioni all'accesso ai benefici penitenziari non possono essere applicati ai condannati che, alla data di entrata in vigore della legge, «abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto».

Il legislatore, infatti, può discrezionalmente far prevalere la finalità general-preventiva o quella rieducativa della pena, purché siano entrambe presenti: se queste sono le premesse, tratte dalla giurisprudenza costituzionale²², è allora evidente che «la preclusione alla fruizione di benefici scaturita dal nuovo regime, ove applicata nei confronti di quanti abbiano già raggiunto, all'atto della relativa entrata in vigore, uno stadio del percorso rieducativo adeguato al godimento dei permessi premio, finirebbe per tradursi in un incoerente arresto dell'*iter* trattamentale, in violazione del principio sancito dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione»²³. Detto diversamente, la norma censurata è illegittima non da un punto di vista astratto per violazione del fondamentale principio di irretroattività delle legge penale, bensì in un'ottica "concreta", alla luce delle istanze di rieducazione e risocializzazione del condannato²⁴.

²¹ Ci si riferisce in particolar modo a Corte cost., 22 aprile 1999, n. 137, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1067. Tale pronuncia si riferisce a un caso molto simile, nel quale era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 *bis* ord. pen., «nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso nei confronti dei condannati che, prima della entrata in vigore dell'art. 15, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto».

²² Si veda, tra le tante, Corte cost., 7 agosto 1993, n. 306, in *Cass. pen.*, 1994, p. 837, nella quale si legge testualmente che «il legislatore può – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata».

²³ Cfr. Corte cost., sent. 4 luglio 2006, n. 257, cit.

²⁴ Cfr., sul punto, R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., pp. 17-18, il quale differenzia tra un'illegittimità in termini «concreti e relativi», rispetto a quella in termini «astratti e assoluti».

Un principio di diritto analogo è espresso dalla Corte costituzionale l'anno seguente, nel momento in cui viene dichiarata la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 58 *quater*, commi 1 e 7 *bis*, ord. pen., nella parte in cui – nuovamente – non prevedono l'accesso ai benefici ivi previsti ai soggetti che, alla data di entrata in vigore della legge 251/2005, «abbiano raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti»²⁵. In particolare, per ciò che concerne la nostra trattazione, il novellato comma 7 *bis* ostava al riconoscimento per più di una volta dell'affidamento in prova, della detenzione domiciliare e della semilibertà al condannato al quale era stata «applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma»²⁶.

Il nuovo intervento del Giudice delle leggi è sicuramente apprezzabile poiché riporta la barra del sistema penitenziario nella scia di un ordinamento – così come voluto dal Costituente – imperniato sulla rieducazione dei condannati²⁷, mentre le ultime scelte del legislatore si erano indirizzate verso lidi opposti, specie a tutela della difesa sociale, tramite un “doppio binario” esecutivo nei confronti di un tipo d'autore, *id est* il recidivo reiterato.

Non possiamo esimerci dal sottolineare, tuttavia, come la Corte costituzionale abbia perso un'importante occasione per risolvere, una volta per tutte, il nodo dogmaticamente più importante, ovvero sia quello riguardante la natura giuridica delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

Solo qualificandole come sostanziali è possibile applicare il divieto di irretroattività sfavorevole sancito dall'art. 2 c.p., soluzione questa – come già

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. 16 marzo 2007, n. 79, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3573, con nota di F. FIORENTIN, *Legge “ex-Cirielli” e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*. Sul medesimo arresto si veda G. LA GRECA, *La Corte costituzionale pone al legislatore nuovi limiti legati alla finalità rieducativa della pena*, in *Rass. pen. crimin.*, 2007, p. 167 ss.

²⁶ Per un approfondimento sulla rinnovata fisionomia dell'art. 58 *quater* ord. pen. dopo la riforma del 2005 si rimanda a C. FIORIO, *Inasprimento al divieto di concedere benefici penitenziari*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)*, Padova, 2006, in particolare pp. 235-237.

²⁷ Secondo F. FIORENTIN, *Legge “ex-Cirielli” e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, cit., p. 3577, la riaffermazione del fondamentale canone della rieducazione è il «leitmotiv di sottofondo nel percorso argomentativo seguito dalla Corte».

osservato da attenta dottrina – che sembra preferibile²⁸. Tali norme, infatti, lungi dal rappresentare solamente dei profili di dettaglio dell'esecuzione della pena, si collegano intimamente con il concetto di “punire” sancito a chiare lettere dall'art. 25, comma 2, Cost. poiché stabiliscono quali sono gli strumenti che effettivamente incidono sulla libertà individuale.

Per concludere la trattazione sulla successione delle leggi nel tempo riguardanti la recidiva, può essere interessante l'analisi di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito a un aspetto della disciplina francese²⁹.

Riassumendo brevemente il caso, un uomo veniva condannato per traffico di stupefacenti nel 1984; a quella data, gli effetti della recidiva erano disciplinati dagli artt. 57 e 58 del *code pénal*, ai sensi dei quali se un soggetto commetteva, entro cinque anni dalla fine dell'espiazione della pena, un ulteriore *délit* ovvero un *crime*, doveva essere condannato al massimo della pena edittale prevista dalla legge per quest'ultimo, pena che poteva essere aumentata sino al doppio³⁰.

A marzo del 1994 entrava in vigore una nuova disciplina, ispirata da esigenze di difesa sociale, ai sensi della quale il periodo di tempo rilevante ai fini dell'applicazione della recidiva raddoppiava, ossia rilevavano tutti i nuovi reati commessi sino a dieci anni dall'espiazione della precedente pena (art. 132-9 *code pénal*). Nel caso in esame, il già reo commetteva un ulteriore delitto in materia di stupefacenti nel 1995, a meno dieci anni dall'espiazione della prima pena, che si era

²⁸ In questo senso si veda F. DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 402, secondo il quale il verbo “punire” utilizzato dal legislatore costituente all'art. 25, comma 2, Cost., è idoneo a ricomprendere «anche tutto ciò che viene compiuto per dare concreta attuazione a una sentenza di condanna». Una posizione analoga è sostenuta da J. SACCOMANI, *La l. 5 dicembre 2005, n. 251: problemi vecchi e nuovi di diritto transitorio*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1724, secondo cui l'esecuzione della pena altro non sarebbe che «la pena nel suo momento dinamico» e per tale ragione dovrebbe ricevere le garanzie costituzionali offerte dall'art. 25, comma 2.

²⁹ Cfr. Corte Edu, Grande Camera, sent. 29 marzo 2006, ric. n. 67335/01, *Achour c. Francia*. Commentano la sentenza S. BELTRANI, *Le modifiche del regime della recidiva al vaglio della Cedu*, in *D&G online*, 17 giugno 2006; R. CHENAL – S. QUATTROCOLO, *Recidiva e irretroattività della legge penale*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 357-358; F. GANDINI, *Successione di leggi in materia di recidiva e divieto di applicazione retroattiva in malam partem della legge penale*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 237 ss., il quale evidenzia la «particolare rilevanza della questione».

³⁰ Per un'analisi degli artt. 57 e 58 del *code pénal* e, più in generale, dell'evoluzione della disciplina della recidiva in Francia si veda P.T. PERSIO, *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, in particolare pp. 374-375.

ultimata nel 1986: la Cassazione francese conseguentemente aumentava la sanzione da infliggere per il secondo reato.

Avverso tale sentenza, il ricorrente adiva la Corte di Strasburgo, lamentando violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 CEDU³¹. L'applicazione, da parte dei giudici nazionali, della normativa sopravvenuta, nonostante il primo episodio criminoso fosse stato commesso sotto la vigenza della più favorevole disciplina previgente, si sarebbe difatti risolta in un'inammissibile retroattività della legge penale incriminatrice.

La Grande Camera, al contrario, non ritiene esservi stata alcuna violazione dell'art. 7 CEDU poiché nel momento della commissione del secondo illecito era già in vigore l'art. 132-9 *code pénal*, che pertanto è stato correttamente applicato a un fatto posto in essere nel corso del 1995, pur postulando il riferimento a una condanna riportata in precedenza. Il ricorrente dunque conosceva – o comunque poteva conoscere – i nuovi elementi strutturali della recidiva e, decidendo consapevolmente di commettere un nuovo reato, ne accettava le conseguenze deteriori.

Alla luce di tali premesse, il regime giuridico applicabile al caso di specie era senza dubbio «accessibile» e «prevedibile»³² per l'imputato, che non poteva dolersi per una violazione dell'art. 7 CEDU: i giudici francesi non hanno infatti applicato retroattivamente una norma penale sfavorevole quanto piuttosto hanno fatto buon governo delle regole in materia di successione di leggi nel tempo, nel pieno rispetto del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU.

3. La fondamentale pronuncia in merito alla perdurante discrezionalità della recidiva reiterata

³¹ Per un commento al principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* così come disciplinato nella CEDU e interpretato dai giudici di Strasburgo si veda, per tutti, V. MANES, sub art. 7, in S. BARTOLE – P. DE SENNA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 258 ss.

³² Corte Edu, Grande Camera, *Achour c. Francia*, cit., § 60, dove si parla espressamente di «*accessible and foreseeable law*».

Ritornando ad occuparci del panorama italiano, non possiamo non soffermarci su una delle pronunce che più ha segnato il cammino costituzionale della recidiva: ci riferiamo alla “storica” sentenza n. 192 del 2007³³.

In tale occasione, la Corte costituzionale dichiara inammissibili le molteplici questioni di legittimità prospettate in relazione all’impianto normativo sorto in seguito alla l. 251/2005. In particolare, nelle varie ordinanze di rimessione (addirittura quindici) sollevate da diversi giudici *a quibus*, non si censura direttamente la disciplina della recidiva reiterata, quanto piuttosto il meccanismo di cui all’art. 69, comma 4, c.p.

La disposizione impugnata, nel disciplinare il concorso eterogeneo di circostanze, vieta al giudice di ritenere eventuali circostanze attenuanti prevalenti sull’aggravante *ex art. 99, comma 4, c.p.* Viene così introdotta *ex lege* un’indebita limitazione al potere-dovere del giudice di adeguare la pena al caso concreto, mediante un «automatismo sanzionatorio» correlato a una «presunzione assoluta di pericolosità sociale»³⁴ del soggetto che ricade per la terza volta nel crimine.

Ebbene – secondo i giudici rimettenti – tale regola si porrebbe in contrasto con numerosi precetti costituzionali, in primo luogo con il principio di ragionevolezza, quale accezione particolare del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, e con quello del finalismo rieducativo della pena di cui all’art. 27, comma 3, Cost. La norma censurata difatti, da una lato, determinerebbe un “appiattimento” del trattamento sanzionatorio rispetto a situazioni assai diverse tra loro e, dall’altro, rischierebbe di imporre l’applicazione di sanzioni manifestamente sproporzionate alla gravità del fatto, la cui espiazione non consentirebbe la rieducazione del condannato.

³³ Ci riferiamo a Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 324, con nota di F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*. Sul medesimo arresto, si vedano C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1861 ss.; A. TESAURO, *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro. it.*, 2007, I, c. 3357 ss.; R. VINCENTI, *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 531 ss.

³⁴ Cfr. Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit.

Il predetto automatismo, inoltre, sarebbe idoneo a determinare un'indiscriminata omologazione dei recidivi reiterati, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità sociale che, prescindendo dalla natura dei vari delitti, dal tempo della loro commissione e dall'identità di indole rispetto al nuovo episodio criminoso, non troverebbe alcun fondamento nell'*id quod plerumque accidit*. Verrebbe in tal modo leso anche l'art. 25, comma 2, Cost., che lega indissolubilmente la pena inflitta alla commissione di un fatto di reato, impedendo così che si punisca la sola pericolosità sociale.

Come detto, la Consulta dichiara inammissibili le varie questioni di legittimità, non affrontando direttamente la tematica della blindatura del bilanciamento, ma concentrando la propria attenzione su un presupposto implicito e non motivato contenuto nelle varie ordinanze di rimessione, ovverosia il carattere obbligatorio della recidiva reiterata³⁵.

La Corte dunque sposta il tiro rispetto al quesito sottopostole: in luogo della valutazione sulla conformità alla Costituzione dell'art. 69, comma 4, c.p. si chiede se con la nuova formulazione dell'art. 99, comma 4, c.p. si sia reintrodotta nel nostro sistema il meccanismo dell'obbligatorietà, espunto in precedenza con la legge del 1974³⁶. Passaggio, questo, ritenuto imprescindibile, dal momento che se così non fosse – e quindi se la recidiva fosse ancora facoltativa – sarebbe «possibile ritenere che venga meno *eo ipso* anche l'automatismo oggetto di censura»³⁷.

³⁵ Tra i primi commentatori alla riforma del 2005, sostiene la tesi dell'obbligatorietà della recidiva reiterata T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 32, secondo il quale «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella monoaggravata». Per D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato. Non convince l'aumento obbligatorio di pena*, in *D&G*, 2005, n. 46, p. 105, il regime dell'obbligatorietà si riferisce solamente alle ipotesi di cui all'art. 99, comma 4, c.p. e non al caso della recidiva pluriaggravata; del medesimo avviso è anche G. FRIGO, *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 53.

³⁶ Cfr. A. TESAURO, *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, cit., c. 3357, il quale parla di una sapiente «mossa ermeneutica» effettuata dalla Corte.

³⁷ Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit. Tale approccio dei giudici del Palazzo della Consulta – ossia la dichiarazione di inammissibilità delle questioni in tema di bilanciamento delle circostanze a causa della mancata verifica preliminare da parte dei giudici rimettenti di una diversa interpretazione dell'art. 99, comma 4, c. p. – viene utilizzato anche in alcune pronunce successive: cfr. Corte cost., ord. 30 novembre 2007, n. 409, in *D&G online*, 15 dicembre 2007; Corte cost., ord. 21 febbraio 2008, n. 33, in *Giur. cost.*, 2008, p. 363; Corte cost., ord. 4 aprile 2008, n. 90, *ivi*, 2008, p. 1100; Corte cost., ord. 6 giugno 2008, n. 193, *ivi*, 2008, p. 2223; Corte cost., ord. 10 luglio 2008, n. 257, *ivi*, 2008, p. 2975; Corte cost., ord. 29 maggio 2009, n. 171, *ivi*, 2009, p. 1906.

A sostegno della tesi della perdurante discrezionalità dell'aggravante, il Giudice delle leggi utilizza in special modo degli argomenti di tipo letterale³⁸, mutuandoli da quanto già sostenuto da autorevole dottrina³⁹.

Innanzitutto, la scelta del verbo “è” effettuata dal legislatore nel quarto comma dell'art. 99 c.p.: la perentorietà dell'indicativo presente – a detta della Corte – deve essere riferita esclusivamente al *quantum* dell'aumento di pena, che a seguito della legge *ex Cirielli* non è più variabile, ma fisso, nella misura della metà per la recidiva reiterata semplice e di due terzi per quella aggravata. Il potere discrezionale del giudice, invece, resta invariato per ciò che concerne l'*an* dell'aggravante, applicabile solamente qualora tra i vari illeciti sia presente un legame qualificato, espressivo di una «più accentuata colpevolezza o una maggiore pericolosità del reo»⁴⁰.

La soluzione interpretativa offerta dalla Corte verrebbe avvalorata dal fatto che, quando il legislatore ha voluto prevedere un'ipotesi obbligatoria di recidiva, lo ha fatto in modo chiaro, senza mezzi termini: il quinto comma del medesimo art. 99 c.p. sancisce espressamente che, nei casi di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., «l'aumento di pena per la recidiva è obbligatorio», mentre resta modulabile la misura dell'aggravio. Tale dettato normativo consente di sostenere, *a contrario*, che la di fuori dell'ipotesi ivi contemplata, il legislatore abbia voluto conservare il regime facoltativo.

L'*iter* argomentativo dei giudici della Consulta si conclude con una considerazione di tipo topografico, data dal fatto che la recidiva pluriaggravata e

³⁸ Critico nei confronti della «povertà argomentativa» della Corte è R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., p. 18, il quale sottolinea come «il ragionamento finisce infatti per basarsi soltanto su considerazioni esegetico-letterali, quando forse sarebbe stato più opportuno arricchirlo in termini funzionali».

³⁹ Ci si riferisce ad A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, pp. 180-181. L'Autore sostiene che per tutti i casi dettati dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p. «è stato mantenuto il precedente regime di mera discrezionalità giudiziale».

⁴⁰ Cfr. Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit. Tale interpretazione viene successivamente seguita dalla totalità della giurisprudenza di legittimità: si veda, per tutte e recentemente, Cass. pen., Sez. II, 17 aprile 2015, n. 26486, in *Giust. pen.*, 2016, II, c. 18, nella quale si legge che «la recidiva reiterata è facoltativa, essendo rimessa al giudice la valutazione, in concreto, dell'effettiva idoneità dei precedenti vantati dall'imputato ad incidere sul trattamento sanzionatorio ed a indicare il grado effettivo di colpevolezza».

quella reiterata altro non sono che delle mere *species* della figura generale prevista dall'art. 99, comma 1, c.p., il cui carattere facoltativo non è mai stato messo in discussione. Da ciò discende che le aggravanti di cui al comma secondo e terzo mantengono le medesime caratteristiche strutturali – ivi compresa la facoltatività – della recidiva semplice, derogando alla relativa disciplina solo in relazione all'entità degli aumenti di pena.

Dall'analisi di questi passaggi significativi emerge nettamente come la decisione in esame non si limiti a dichiarare inammissibili le questioni sollevate, quanto piuttosto offra degli spunti interpretativi, utili ai giudici rimettenti per superare l'*impasse* normativa in cui si erano ritrovati⁴¹.

La strategia utilizzata dalla Corte è senz'altro apprezzabile, poiché cerca di non porsi in aperto contrasto con il legislatore, come in realtà sarà costretta a fare negli anni seguenti.

Il Giudice delle leggi è abile a ritagliare uno spazio di discrezionalità su un terreno diverso, precedente sia a livello logico che temporale rispetto alla fase del giudizio di comparazione delle circostanze, in modo tale da evitare di censurare l'art. 69, comma 4, c.p.⁴²; così facendo, inoltre, riesce a chiarire definitivamente la portata applicativa di una disposizione – *id est* l'art. 99, comma 4, c.p. – obiettivamente oscura e mal scritta.

4. Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e presunzioni assolute

Lo stesso metodo di azione – ovverosia il recupero di un margine di discrezionalità “a monte” – non può essere utilizzato dalla Corte nel momento in

⁴¹ Cfr., sul punto, R. VINCENTI, *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, cit., p. 533, secondo il quale la pronuncia della Corte ha «tutti i crismi di una vera e propria interpretativa di rigetto, destinata ad avere effetti dirompenti sulle sorti della martoriata *ex-Cirielli*».

⁴² L'idea di una Corte costituzionale “mediatrice”, che cerca di non interferire con il potere legislativo, è presente in F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, cit., p. 329.

cui deve affrontare la questione di legittimità prospettata in relazione al secondo comma dell'art. 62 *bis* c.p., introdotto dall'art. 1 della l. 251/2005⁴³.

Com'è noto, tale disposizione, connotata da un'evidente involuzione linguistica, vieta al giudice di fondare il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche a una determinata categoria di recidivi reiterati⁴⁴ su due fattori fondamentali: l'intensità del dolo (art. 133, comma 1, n. 3, c.p.) e la capacità a delinquere (tutte le previsioni del secondo comma del medesimo art. 133 c.p.). Irrilevanti, dunque, il carattere e i motivi a delinquere del reo, la sua condotta antecedente al reato, le sue condizioni di vita familiare e sociale e, soprattutto, il comportamento tenuto durante e dopo la commissione del delitto.

È proprio con riferimento all'impossibilità di valutare positivamente la condotta susseguente al reato che il Tribunale di Perugia⁴⁵ solleva questione di legittimità dell'art. 62 *bis*, comma 2, c.p. per violazione gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

La presunzione normativa a carattere assoluto, infatti, preclude al giudice la possibilità di applicare nel giudizio *a quo* le attenuanti generiche a un soggetto recidivo reiterato, autore di un omicidio⁴⁶, nonostante la collaborazione attiva fornita alle autorità nel corso delle indagini preliminari. Tale condotta, in assenza della deroga stabilita dall'art. 62 *bis*, comma 2, c.p., sarebbe stata sicuramente

⁴³ In generale, sulle modifiche recate al regime di applicazione delle circostanze attenuanti generiche mediante la l. 251 del 2005 si vedano G. AMATO, *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, pp. 56-60; M. CAPUTO, *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, in particolare pp. 194-198; A. MELCHIONDA, *Commento all'art. 1 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 420-434; A. VALLINI, *Circostanze del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, p. 65 ss.

⁴⁴ L'art. 62 *bis*, comma 2, c.p. si riferisce esclusivamente ai recidivi reiterati «in relazione ai delitti previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), del codice di procedura penale, nel caso in cui siano puniti con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni».

⁴⁵ Trib. Perugia, ord. 28 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2010, p. 1906, con nota di T. QUERO, *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio di inammissibilità*.

⁴⁶ Tale delitto è ricompreso nel catalogo di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), del codice di rito ed è punito con una reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni, precisamente ventuno anni (art. 575 c.p.).

valutabile al fine del riconoscimento della circostanza attenuante, con la conseguente riduzione di pena per l'imputato⁴⁷.

Il Giudice delle leggi accoglie le censure prospettate e dichiara l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, «nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma» – cioè delle attenuanti generiche – «non si possa tener conto della condotta del reo susseguente al reato»⁴⁸.

Per giungere a tale risultato, la Consulta si sofferma in primo luogo sulla portata della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 62 *bis* c.p., che, richiamando i delitti di cui all'art. 407 del codice di rito, si riferisce alla (sola) ipotesi recidiva reiterata obbligatoria, nella quale il giudice non può accertare in concreto i requisiti sostanziali dell'aggravante, ossia la più accentuata colpevolezza e la maggiore pericolosità sociale del reo.

Viene dunque constatata, seppur non in modo esplicito, l'impossibilità di neutralizzare la preclusione concernente le attenuanti generiche attraverso la disapplicazione della recidiva. Detto in altri termini, in questa situazione non si può praticare la collaudata tecnica del recupero *ab origine* di un margine di discrezionalità nella determinazione della pena, utilizzata in precedenza dalla già citata sentenza 192 del 2007: nel caso in esame, infatti, ci si trova di fronte a un «duplice automatismo»⁴⁹, fondato sulle presunzioni assolute di cui agli artt. 99, comma 5, e 62 *bis*, comma 2, c.p.

Pur non potendo occuparsi del primo, la Corte coglie l'occasione per dichiarare l'irragionevolezza del secondo e per farlo richiama i propri precedenti in materia di custodia cautelare sui limiti costituzionali del ricorso a presunzioni

⁴⁷ Si veda, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, 14 maggio 2009, n. 33690, in *Riv. pen.*, 2010, p. 64, nella quale si afferma che «tra gli elementi positivi valutabili ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche rientrano la confessione spontanea, il corretto comportamento processuale e la collaborazione prestata alle indagini».

⁴⁸ Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183, in *Giur. cost.*, 2011, p. 2359, con nota di G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*. Sulla medesima pronuncia si vedano G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2011, 3, p. 1 ss.; G. DI CHIARA, *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 811 ss.; G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti «indiretti» della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1785 ss.

⁴⁹ Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183, cit.

assolute. Queste ultime, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*». In particolare, «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁵⁰.

Proprio tramite l'applicazione di questo metro di giudizio al caso di specie, la Consulta giunge a dichiarare la parziale incostituzionalità dell'art. 62 *bis*, comma 2, c.p.

Non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*, infatti, che un reo con alle spalle dei precedenti penali, magari non gravi e persino risalenti nel tempo, sia necessariamente portatore di una capacità delinquenziale tale da rendere insignificante il comportamento successivo al reato, in ipotesi segnato da una proficua collaborazione processuale o finanche da una confessione. È agevole immaginare una situazione concreta in cui lo scarto con il modello presuntivo pensato dal legislatore sia tale da rendere irragionevole, nella prospettiva dell'art. 3 Cost., la parificazione nel trattamento di maggior rigore.

A ciò si aggiunge – secondo la Corte – un ulteriore profilo di irragionevolezza, poiché l'applicazione delle attenuanti generiche avrebbe un effetto comunque limitato nel trattamento sanzionatorio del recidivo reiterato, data l'operatività, rispetto all'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p., del divieto di prevalenza sancito dall'art. 69 del codice.

⁵⁰ Cfr. Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3169. Tale sentenza è la prima di un lungo filone che, dal 2010 al 2015, ha condotto a ben nove pronunce di incostituzionalità dell'art. 275, comma 3, c.p.p., nella parte in cui prevedeva una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per un ampio novero di reati, ritenuti di elevato allarme sociale. Le numerose pronunce successive, riprendendo più o meno testualmente la frase citata, hanno tramutato la presunzione assoluta in relativa; sono tutte richiamate all'interno dell'ultima, ossia Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48, in *Giur. cost.*, 2015, p. 390, con nota di L. CALÒ, *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte costituzionale e legislatore* (p. 979 ss.), nella quale l'Autore ripercorre anche l'evoluzione legislativa dell'art. 275 c.p.p., dalla l. 8 agosto 1995, n. 332 sino al "pacchetto sicurezza" del 2009 (l. 23 aprile 2009, n. 38). Si noti che recentemente il legislatore, sull'onda delle numerose pronunce della Consulta, è intervenuto sull'art. 375 c.p.p., rimodellandone il terzo comma tramite un deciso contenimento delle presunzioni assolute di stretta necessità della carcerazione (l. 16 aprile 2015, n. 47): in argomento si veda, per tutti, M. DANIELE, *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 114 ss.

Acclarata in questi termini la violazione dell'art. 3 Cost., il Giudice delle leggi ravvisa, nella disposizione censurata, anche una lesione dell'art. 27, comma 3, Cost. Il principio di rieducazione rappresenta invero una fondamentale finalità della pena non solo con riguardo alla fase esecutiva, ma deve permeare le scelte legislative in punto di commisurazione, ispirando la qualità e la quantità della pena⁵¹.

Ebbene, mediante l'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i recidivi reiterati, senza la possibilità di tenere conto del loro comportamento successivo al reato, specie quand'è espressivo di un processo di rieducazione intrapreso, «la norma in esame, in violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., privilegiando un profilo general-preventivo, elude la funzione rieducativa della pena»⁵².

I principi posti alla base della pronuncia, che significativamente riscontra un'illegittimità della norma censurata sotto un duplice punto di vista, ci offrono lo spunto per volgere lo sguardo sulle prospettive future delle restanti preclusioni di cui all'art. 62 *bis*, comma 2, c.p.: si è visto che l'effetto ablatorio ha colpito solamente quella concernente la condotta susseguente al reato (art. 133, comma 2, n. 3, c.p.). Quale potrebbe essere dunque la sorte della residua disciplina, nell'eventualità di un futuro scrutinio da parte della Corte costituzionale?

Di sicuro la sentenza 183/2011 ha aperto una «breccia»⁵³ per ulteriori declaratorie di incostituzionalità, in primo luogo per l'irragionevolezza della presunzione assoluta di elevata intensità del dolo, che inibisce la concessione delle attenuanti generiche sulla base del criterio di cui all'art. 133, comma 1, n. 3, c.p. È difatti abbastanza agevole – per riprendere un'espressione della giurisprudenza in

⁵¹ Come già affermato dalla Consulta in una "storica" pronuncia degli anni Novanta: «Se la finalità rieducativa venisse limitata alla fase esecutiva, rischierebbe grave compromissione ogniquale volta specie e durata della sanzione non fossero state calibrate (né in sede normativa né in quella applicativa) alle necessità rieducative del soggetto. [...] Dev'essere, dunque, esplicitamente ribadito che il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie» (Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1981).

⁵² Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183, cit.

⁵³ Espressione utilizzata da R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., p. 22, il quale sostiene, inoltre, che l'illegittimità potrebbe estendersi all'intera fattispecie. Critico nei confronti della sentenza 183/2011 è G. CARUSO, *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, cit., p. 15, secondo il quale la Consulta ha espresso una «posizione solo timida e parziale», confermando in tal modo di prediligere «un accostamento *self restraint* rispetto alla grave aporia che inficia, in parte qua, la riforma del 2005».

materia – ipotizzare il caso di un recidivo reiterato che commetta un delitto sorretto da un elemento soggettivo non particolarmente intenso, quale ad esempio il dolo eventuale⁵⁴.

Se queste sono le premesse, possiamo allora concludere che l'attuale situazione normativa *ex art. 62 bis*, comma 2, c.p. non può dirsi ancora del tutto assestata: dovremo attendere le venture pronunce della Consulta per ottenere un quadro più stabile.

5. La “sentenza-pilota” relativa alla blindatura del giudizio di bilanciamento *ex art. 69*, comma 4, c.p.

Un discorso simile può essere fatto in merito alla parziale blindatura del giudizio di comparazione di cui al comma quarto dell'art. 69 c.p., norma censurata più volte negli ultimi anni e che verosimilmente sarà interessata da ulteriori interventi ablatori della Corte.

Come visto in precedenza, l'iniziale atteggiamento del Giudice delle leggi è stato caratterizzato da una prudente cautela, esemplificata dalla sentenza n. 192 del 2007, nella quale sono state dichiarate inammissibili le questioni sollevate in relazione al divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata⁵⁵.

Alla medesima conclusione si è uniformata la successiva giurisprudenza costituzionale che, senza mai pervenire a una decisione di merito, ha sempre dichiarato inammissibili le censure proposte poiché tutte le ordinanze di rimessione muovevano dall'errato presupposto che l'aggravante *ex art. 99*, comma 4, c.p. fosse divenuta obbligatoria dopo la novella legislativa del 2005⁵⁶.

⁵⁴ Cfr., sul punto, le lucide considerazioni di G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, cit., p. 2383, secondo il quale potrebbe ragionevolmente sottrarsi a una dichiarazione di illegittimità costituzionale il solo divieto di concessione delle attenuanti generiche con riguardo ai precedenti penali e giudiziari (art. 133, comma 2, n. 1, c.p.).

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit.

⁵⁶ Si vedano, *ex plurimis*, Corte cost., ord. 30 novembre 2007, n. 409, in *D&G online*, 15 dicembre 2007; Corte cost., ord. 21 febbraio 2008, n. 33, in *Giur. cost.*, 2008, p. 363; Corte cost., ord. 4 aprile 2008, n.

Tale lettura è stata persino avvallata dalle Sezioni Unite della Cassazione che, con una celebre pronuncia del 2010, hanno concluso per la perdurante facoltatività della recidiva reiterata che, se esclusa, non produce neanche gli ulteriori “effetti indiretti” sulla commisurazione della pena, come l’incidenza sul giudizio di bilanciamento⁵⁷.

Nonostante l’evoluzione giurisprudenziale appena richiamata, che a prima vista sembrerebbe avere appianato tutte le difficoltà riscontrabili nella prassi, il problema della legittimità della blindatura del giudizio di comparazione resta ancora aperto, in quanto il riconoscere o l’escludere discrezionalmente la recidiva reiterata è operazione valutativa ben diversa dal bilanciare la stessa aggravante con le concorrenti circostanze attenuanti.

Di questo ne è pienamente consapevole il Tribunale di Torino, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 69, comma 4, c.p., nella sola parte in cui esso impedisce all’attenuante *ex art. 73, comma 5, d.P.R. 309/1990* di spiegare i propri effetti di fronte a una recidiva reiterata, concretamente riconosciuta e applicata⁵⁸. Nel caso *a quo*, infatti, il giudice, «volendo giudicare con onestà intellettuale»⁵⁹, non poteva escludere l’aggravante, posto che il reo aveva già subito quattro condanne, tutte per violazione della disciplina degli stupefacenti, nel breve arco di tre anni e mezzo.

D’altra parte, tuttavia, il disvalore della condotta ascritta all’imputato era di modesta gravità, dato il ridotto quantitativo di sostanza ceduta, l’irrisorio prezzo di vendita, nonché le modalità “da strada” di cessione all’acquirente: tutto ciò avrebbe

90, *ivi*, 2008, p. 1100; Corte cost., ord. 6 giugno 2008, n. 193, *ivi*, 2008, p. 2223; Corte cost., ord. 10 luglio 2008, n. 257, *ivi*, 2008, p. 2975; Corte cost., ord. 29 maggio 2009, n. 171, *ivi*, 2009, p. 1906.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., nella quale si legge testualmente che «la recidiva reiterata di cui all’art. 99, comma 4, c.p. opera quale circostanza aggravante facoltativa, nel senso che è consentito al giudice di escluderla ove non la ritenga in concreto espressione di maggior colpevolezza o pericolosità sociale del reo. Per l’effetto, dall’esclusione deriva la sua ininfluenza non solo sulla determinazione della pena, ma anche sugli ulteriori effetti commisurativi della sanzione costituiti dal divieto del giudizio di prevalenza sulle circostanze attenuanti di cui all’art. 69, comma 4, c.p., dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale e la continuazione di cui all’art. 81, comma 4, c.p., dall’inibizione all’accesso al patteggiamento allargato e alla relativa riduzione premiale di cui all’art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.».

⁵⁸ Cfr. Trib. Torino, ord. 24 ottobre 2011, in *Gazz. uff.*, 18 aprile 2012, n. 16.

⁵⁹ Significativa espressione che si rinviene in Trib. Torino, ord. 24 ottobre 2011, cit.

dovuto condurre all'applicazione dell'attenuante ad effetto speciale – ora divenuta reato autonomo⁶⁰ – prevista appositamente dal legislatore per i fatti di «lieve entità» e non alla fattispecie base di cui al primo comma dell'art. 73 del d.P.R. 309/1990.

Per inciso, si notino le enormi differenze sanzionatorie tra le due ipotesi criminose, le quali rispecchiano due situazioni assai diverse dal punto già di vista criminologico: al primo comma è disciplinata la condotta del grande trafficante, punito con la reclusione da sei a venti anni, mentre il quinto comma incrimina il piccolo spacciatore, tendenzialmente straniero e disoccupato, che rischia (solo) da uno a sei anni di carcere⁶¹.

Proprio alla luce di ciò, il giudice remittente lamenta il contrasto del meccanismo di cui all'art. 69, comma 4, c.p. con il principio di uguaglianza, perché l'imputato, non potendo beneficiare della «super-attenuante»⁶² a causa del suo *status* di recidivo, sarebbe stato equiparato *quoad poenam* al grande trafficante, che per contro dispone di significative risorse economiche e muove quantitativi rilevanti di stupefacenti.

La Corte costituzionale, superando il tradizionale atteggiamento di *self-restraint* nel sindacare la congruità della sanzione penale⁶³, dichiara la parziale illegittimità dell'art. 69, comma 4, c.p. per contrasto con i principi di offensività, uguaglianza e proporzionalità della pena, di cui agli artt. 25, comma 2, 3 e 27,

⁶⁰ Com'è noto, infatti, il d.l. 24 dicembre 2013, n. 146, ha trasformato la circostanza attenuante ad effetto speciale in un reato autonomo, rubricato "Delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità". Per un'analisi del nuovo testo normativo e delle problematiche ricadute processuali della modifica si rimanda a M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti. Il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali e sostanziali*, Milano, 2015, in particolare p. 277 ss.

⁶¹ Per comodità si riporta in nota il testo dell'articolo 73 d.P.R. 309/1990, nella formulazione in vigore al momento dell'ordinanza di rimessione: «1. Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000. 5. Quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei a anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000».

⁶² La definisce così F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, II ed., Padova, 1994, p. 163.

⁶³ Secondo O. ROSSELLI, *Per una quantificazione della pena detentiva conforme a Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 401, la Consulta da sempre ritiene la sanzione penale come «l'esito di una scelta politica, eventualmente sindacabile solo sul terreno della (ir)ragionevolezza».

comma 3, Cost.⁶⁴. Si tratta peraltro di una declaratoria di incostituzionalità con una sfera di operatività circoscritta e settoriale: non viene censurato infatti il meccanismo di blindatura nella sua portata generale, ma solo con riguardo all'impossibilità di prevalenza dell'attenuante in materia di stupefacenti sulla recidiva reiterata, visti gli «effetti devastanti»⁶⁵ che vengono prodotti in tal caso sulla dosimetria sanzionatoria del reato.

Il ragionamento della Consulta muove dall'analisi del giudizio di bilanciamento, la cui funzione è quella di consentire al giudice di individualizzare la pena alla situazione concreta, sulla base di una valutazione unitaria e integrale dell'episodio criminoso, che consenta il pieno rispetto del principio di proporzione tra sanzione e reato.

In questo contesto, tuttavia, non sono precluse limitazioni alla discrezionalità giudiziale che, anzi, sono stabilite sia nella parte speciale del codice sia in alcune leggi speciali: le varie ipotesi di contenimento discrezionale, seppur divergenti per ciò che concerne il meccanismo operativo, sono accomunate dal fatto che il legislatore ha, di volta in volta, ritenuto che determinati elementi debbano avere un "peso" commisurativo maggiore di altri⁶⁶.

⁶⁴ Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4043, con nota di C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*. Sulla medesima pronuncia si vedano altresì G. CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola "fine" della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, p. 219 ss.; G. DI CHIARA, *Legge "ex Cirielli", disciplina degli stupefacenti e divieto di prevalenza dell'attenuante della lieve entità sulla recidiva reiterata: incostituzionale la rigidità del meccanismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 168 ss.; D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1755 ss.; A. TESAURO, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente-pilota?*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2405 ss.

⁶⁵ Efficace espressione utilizzata da D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, cit., p. 1764.

⁶⁶ In taluni casi, infatti, il legislatore limita l'efficacia diminuyente di eventuali circostanze attenuante entro limiti più ristretti rispetto a quelli che opererebbero con l'applicazione ordinaria dell'art. 69 c.p. In altre e più frequenti ipotesi, viene enunciato il divieto di prevalenza o anche di equivalenza delle eventuali attenuanti concorrenti sulle aggravanti di volta in volta menzionate. Per la ricostruzione dei più importanti divieti e dei loro peculiari meccanismi applicativi si rimanda a C. BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, cit., pp. 4059-4060; F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4102-4106; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, pp. 133-140; A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, pp. 4-14.

Così, a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di completezza, si possono citare le previsioni in materia di sequestro di persona a scopo di terrorismo (art. 289 *bis*, comma 5, c.p.) e a scopo di estorsione (art. 630, comma 6, c.p.), di pedofilia (art. 602 *ter*, ultimo comma, c.p.), nonché con riferimento ai delitti commessi con finalità mafiose (art. 7, comma 2, d.l. 152/1991) e con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 1, comma 3, d.l. 625/1975).

Quest'ultima, in particolare, rappresenta il primo caso di circostanza "privilegiata"⁶⁷ nel nostro ordinamento ed è già stata salvata in passato dalla Consulta, che non ha ravvisato profili di tensione tra tale meccanismo e i principi costituzionali invocati dai giudici rimettenti⁶⁸. In effetti, la limitazione in esame – e in generale tutte le limitazioni sopra citate – si giustificano perché irrigidiscono l'esito del bilanciamento in relazione ad alcuni gravi e ben specificati delitti, per i quali soltanto si possono eccepire peculiari esigenze di sicurezza e di tutela penale.

Il meccanismo di cui all'art. 69, comma 4, com'è stato acutamente osservato, si applica invece a qualsivoglia reato circostanziato, purché sia commesso da una determinata categoria di individui, ossia i recidivi reiterati⁶⁹: si è dunque passati da

⁶⁷ Per comodità si riporta in nota il testo dell'art. 1, l. 15/1980: «1. Per i reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, punibili con pena diversa dall'ergastolo, la pena è sempre aumentata della metà, salvo che la circostanza sia elemento costitutivo del reato. 2. Quando concorrono altre circostanze aggravanti, si applica per primo l'aumento di pena previsto per la circostanza aggravante di cui al comma precedente. 3. Le circostanze attenuanti concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa ed alle circostanze aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o ne determina la misura in modo indipendente da quella ordinaria del reato». Per un commento a tale disposizione si veda G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1 del d.l. 15/12/1979 n. 625*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 35 ss., il quale sottolinea come «proprio in considerazione della particolare gravità rivestita dai reati terroristici, si è evidentemente ritenuto di dovere valorizzare l'accentuata lesività delle aggravanti in questione, rendendole insensibili all'influenza di eventuali circostanze attenuanti» (p. 39).

⁶⁸ Cfr. Corte cost., sent. 13 febbraio 1985, n. 38, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1293, con nota di G. DE VERO, *Concorso di circostanze eterogenee e attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*. Nella pronuncia, la Corte ricorda che «l'autentica preoccupazione del legislatore è stata soltanto quella di non consentire che l'aggravante che introduceva potesse essere posta nel nulla dal potere discrezionale del giudice mediante il suo dissolvimento nel giudizio di equivalenza o addirittura di prevalenza delle attenuanti: ed è questo appunto ciò che soltanto si è inteso vietare».

⁶⁹ Cfr., sul punto, G. CARUSO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, vol. IV, Torino, 2008, p. 1048, il quale afferma criticamente che la deroga di tipo soggettivo al regime di bilanciamento «ha suscitato seri dubbi di ortodossia costituzionale»; F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, cit., p. 4111.

una limitazione di tipo oggettivo, tesa a salvaguardare certi interessi penalmente rilevanti, a una soggettiva, coerente con un diritto penale d'autore e non del fatto.

Ebbene, tale limitazione – riprendendo il ragionamento della Consulta –viola l'art. 3 Cost., quantomeno nel caso in esame: a causa dell'enorme divaricazione fra la cornice edittale della fattispecie-base di cessione di stupefacenti e quella del corrispondente delitto caratterizzato dalla lieve entità, anche affermando l'equivalenza tra l'attenuante a effetto speciale e l'aggravante *ex* art. 99, comma 4, c.p., il risultato appare manifestamente irragionevole.

Il massimo edittale previsto dal quinto comma (sei anni di reclusione), infatti, diventa il minimo di pena da irrogare al recidivo reiterato: nei confronti di quest'ultimo insomma «il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di “lieve entità” (un anno di reclusione) viene moltiplicato per sei», in modo tale da subire «un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto dall'art. 99, quarto comma, cod. pen., che, a seconda dei casi, è della metà o di due terzi»⁷⁰.

Sul piano dell'offensività, la Corte censura la «abnorme enfattizzazione»⁷¹ delle componenti soggettive rispetto a quelle oggettive dell'illecito, che conduce a una parificazione sanzionatoria di due fatti profondamente diversi sul piano della lesione al bene giuridico: come già ricordato dalla Cassazione a Sezioni Unite, la fattispecie di cui al comma quinto dell'art. 73 del d.P.R. 309/1990 è applicabile – a differenza di quella base – ai soli fatti di «minima offensività penale della condotta»⁷².

Si profila, infine, un contrasto con il principio di proporzionalità, desumibile dall'art. 27, comma 3, Cost.: la finalità rieducativa della pena implica infatti un'accurata proporzione tra quantità e qualità della pena, da un lato, e offesa,

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, cit.

⁷¹ Cfr. ancora Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, cit.

⁷² Si veda Cass. pen., Sez. Un., 24 giugno 20102, n. 35737, in *Foro it.*, 2011, II, c. 379, la quale ha affermato il seguente principio di diritto: «la circostanza attenuante speciale del fatto di lieve entità di cui all'art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990 può essere riconosciuta solo in ipotesi di minima offensività penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione (mezzi, modalità, circostanze dell'azione), con la conseguenza che, ove uno degli indici previsti dalla legge risulti negativamente assorbente, ogni altra considerazione resta priva di incidenza sul giudizio».

dall'altro⁷³. Sicché per l'incidenza della regola preclusiva sancita dall'art. 69, comma 4, c.p. attribuisce alla risposta punitiva «i connotati di una pena palesemente sproporzionata» e dunque «inevitabilmente sentita come ingiusta dal condannato»⁷⁴.

Per inciso, il Giudice delle leggi ha ripreso i passaggi da ultimo citati da un proprio precedente arresto, nel quale, non a caso, aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p., nella parte in cui non prevedeva una diminuzione di pena per il sequestro a scopo d'estorsione di lieve entità⁷⁵.

In conclusione, si può affermare che la sentenza 251 del 2012 poggia su delle argomentazioni obiettivamente molto solide, valorizzando in particolare il principio di offensività e quello di proporzionalità-ragionevolezza. Una questione, tuttavia, rimane ancora aperta, ovverosia la possibile estensione del *dictum* di parziale illegittimità a diverse e ulteriori situazioni di concorso della recidiva reiterata con attenuanti ad effetto speciale.

Tanto il giudice remittente quanto la Consulta hanno ribadito che la portata applicativa della pronuncia è limitata al particolare caso della contrapposizione tra l'aggravante ex art. 99, comma 4, c.p. e la circostanza di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. 309/1990, nondimeno la forza degli argomenti sottesi è tale da lasciar presagire che la sentenza possa atteggiarsi a "precedente-pilota"⁷⁶.

⁷³ Cfr., sul punto, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 157, il quale sostiene che l'art. 27, comma 3, Cost. può fungere da «parametro nel controllo della dosimetria edittale, ponendo uno sbarramento a quelle sanzioni che appaiono in palese contrasto con il perseguono della finalità rieducativa».

⁷⁴ Cfr. Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 251, cit.

⁷⁵ Il riferimento è a Corte cost., sent. 23 febbraio 2012, n. 68, in *Giur. cost.*, 2012, p. 892, con nota di C. SOTIS, *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*. In tale occasione è stata dichiarata la parziale illegittimità della norma censurata, nella parte in cui – a differenza dell'omologa fattispecie di cui all'art. 289 *bis* c.p. in tema di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione – «non prevede che la pena da esso comminata è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità».

⁷⁶ Cfr., sul punto, A. TESAURO, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente-pilota?*, cit., cc. 2407-2408, il quale afferma che spetterà alla giurisprudenza futura stabilire se «la breccia aperta nel tessuto normativo dalla norma impugnata con specifico riferimento all'attenuante del fatto di lieve entità [...] sia estensibile per analogia a ipotesi circostanziali ad essa assimilabili per struttura, contenuto ed effetti». In termini analoghi si veda D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, cit., p. 1769, secondo il quale la Consulta

6. (segue) Gli interventi successivi

Sulla scia del precedente in tema di stupefacenti, difatti, vengono sollevate da altri giudici remittenti due ulteriori e distinte questioni di legittimità costituzionale, relative al giudizio di bilanciamento tra la recidiva reiterata e le circostanze attenuanti ad effetto speciale di cui all'art. 648, comma 2, c.p. (ricettazione di particolare tenuità) e all'art. 609 *bis*, comma 3, c.p. (violenza sessuale di minore gravità).

Il Giudice delle leggi – com'è agevole comprendere – utilizza delle argomentazioni in gran parte sovrapponibili a quelle presenti nella sentenza del 2012 e si esprime nuovamente per la parziale illegittimità dell'art. 69, comma 4, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza delle citate attenuanti⁷⁷. Nel proprio ragionamento, la Consulta ribadisce una volta ancora l'ammissibilità di deroghe al giudizio di bilanciamento, purché siano ragionevoli, non trasmodino nell'arbitrio legislativo e non determinino un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti nella strutturazione della responsabilità penale.

Ebbene, nella prima delle due vicende sottoposte all'esame della Corte, emerge come il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata della ricettazione particolarmente tenue faccia sì che «il minimo della pena detentiva previsto per il fatto di particolare tenuità (15 giorni di reclusione) venga moltiplicato per 48,

potrebbe essere chiamata nuovamente a temperare la rigidità del divieto di cui all'art. 69, comma 4, c.p. «almeno nei casi in cui questo si risolva in vistose incongruenze del regime sanzionatorio del fatto commesso dal recidivo». *Contra* G. CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola "fine" della Corte costituzionale?*, cit., p. 232: l'Autore ritiene non ritiene estensibile in via generalizzata il principio espresso dalla Corte ad altre circostanze attenuanti le quali, «per quanto anche considerevolmente incidenti nella riduzione dell'escursione sanzionatoria (circostanze autonome, ad effetto speciale, indipendenti), non giungano ad emanciparsi, in termini di offensività del tipo, dalle ipotesi base».

⁷⁷ Cfr. Corte cost., sent. 18 aprile 2014, nn. 105-106, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1858, con nota di C. BERNASCONI, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*. In ordine alle medesime pronunce si vedano E. APRILE, *Divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sulla recidiva reiterata: prosegue l'opera della Consulta di "riscrittura" dell'art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2425 ss.; G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, in *Arch. pen.*, *Rivista web*, 2014, 2, p. 1 ss.; A. MICHAEL, *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1082 ss.

determinando un aumento incomparabilmente superiore a quello specificamente previsto per tale recidiva»⁷⁸.

Anche in questo caso, come nella situazione relativa agli stupefacenti, risulta determinante il richiamo alla cornice edittale prevista dalla legge, dal momento che il trattamento sanzionatorio significativamente più mite nel minimo assicurato al fatto di “particolare tenuità” esprime una peculiare dimensione offensiva⁷⁹, la quale tuttavia viene del tutto «disconosciuta dalla norma censurata, che indirizza l’individuazione della pena concreta verso un’abnorme enfaticizzazione delle componenti soggettive riconducibili alla recidiva reiterata, a detrimento delle componenti oggettive del reato»⁸⁰.

Conseguentemente, i fatti previsti dal primo e dal secondo comma dell’art. 648 c.p., qualificati dal legislatore come profondamente diversi sul piano dell’offesa, vengono ricondotti «alla medesima cornice edittale, determinando la violazione dell’art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale»⁸¹.

L’illegittimità dell’art. 69, comma 4, c.p. emerge anche in riferimento all’art. 27, comma 3, Cost., poiché – a detta della Corte – la sanzione scaturente dalla deroga al bilanciamento è palesemente sproporzionata e per tale ragione in contrasto con la finalità rieducativa della pena.

A conclusioni analoghe giunge la Consulta anche nella seconda delle due «sentenze gemelle»⁸² del 2014, laddove si è occupata dell’attenuante di “minore

⁷⁸ Cfr. Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 105, cit. Il comma secondo dell’art. 648 c.p. prevede infatti la reclusione da quindici giorni a sei anni per l’ipotesi di ricettazione attenuata, a differenza della fattispecie base, la cui sanzione è enormemente più grave nel minimo, posto che il reo rischia una reclusione da due a otto anni.

⁷⁹ La giurisprudenza è difatti assolutamente unanime nell’affermare che l’ipotesi di ricettazione attenuate è configurabile solamente nei casi in cui la condotta assume nel suo complesso una rilevanza criminosa assolutamente modesta, talvolta al limite della contravvenzione di acquisto di cose di sospetta provenienza: cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. II, 6 giugno 2013, n. 51818, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. I, 13 marzo 2012, n. 13600, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1925; Cass. pen., Sez. II, 9 luglio 2010, n. 28689, *ivi*, 2011, p. 2253.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 105, cit.

⁸¹ Cfr. Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 105, cit.

⁸² Le definisce in tal modo C. BERNASCONI, *L’ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*, cit., p. 1860.

gravità” prevista dal comma terzo dell’art. 609 *bis* c.p. per il delitto di violenza sessuale.

Tale circostanza ad effetto speciale⁸³, inserita con la legge 15 febbraio 1996, n. 66, si è resa necessaria per contemperare gli eccessi punitivi derivanti dall’unificazione in un unico delitto di due comportamenti assai diversi che, prima della riforma, integravano due distinte fattispecie di reato⁸⁴. A causa del meccanismo preclusivo di cui all’art. 69, comma 4, c.p., tuttavia, viene annullata nei confronti del recidivo reiterato la distinzione tra le due cornici edittali prefigurate dal primo e dal terzo comma dell’art. 609 *bis* c.p., finendo così con l’attribuire «alla risposta punitiva i connotati di una sanzione palesemente sproporzionata e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato»⁸⁵.

Da ultimo, un nuovo e recentissimo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva di cui all’art. 99, comma 4, c.p. è stato assestato dalla Consulta con la pronuncia n. 74 del 2016, che ha dichiarato la parziale incostituzionalità della blindatura del giudizio di bilanciamento, nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza di cui all’art. 73, comma 7, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309⁸⁶.

⁸³ Ai sensi dell’art. 609 *bis*, comma 3, c.p. «nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi».

⁸⁴ La legge 66/1996 ha difatti unito le figure criminosi di violenza carnale e di atti di libidine violenta all’interno dell’unica figura di violenza sessuale. Secondo P. PISA, *La violenza sessuale è reato contro la persona*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 285, la circostanza attenuante è lo strumento necessario per realizzare un «ammorbidimento sanzionatorio» nei confronti di quei comportamenti caratterizzati da un’offesa di modesta gravità, per i quali la reclusione nel minimo a cinque anni pare sproporzionata.

⁸⁵ Cfr. ancora Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 105, cit.

⁸⁶ Ci riferiamo a Corte cost., sent. 7 aprile 2016, n. 74, in *Giur. cost.*, 2016, p. 673, con nota di A. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora “privilegiato”?*. Per un commento alla pronuncia si vedano altresì E. APRILE, *Un ulteriore intervento della Consulta “demolitivo” della disciplina del divieto di prevalenza delle attenuanti per i recidivi reiterati ex art. 69, comma 4, c.p.*; G. AMATO, *Così il giudice “rosicchia” il rilievo ostativo*, in *Guida dir.*, 2016, 20, p. 81 ss.; G. BONIFACIO, *Produzione e traffico illecito di stupefacenti. Il ravvedimento del reo può prevalere sulla recidiva*, in *www.ilpenalista.it*, 17 maggio 2016; S. CLINCA, *La progressiva erosione di un vincolo irragionevole: illegittimo il divieto di prevalenza dell’attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata* (Osservazioni a margine di C. cost., 24.2.2016 n. 74), in *www.la-legislazione-penale.eu*, 29 luglio 2016; G. LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell’attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2016; B. LIBERALI, *Sguardo d’insieme* (marzo – maggio 2016), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1064.

Senza riprendere il percorso argomentativo della Corte, che è perlopiù sempre il medesimo, è interessante soffermarsi sull'attenuante stabilita in caso di collaborazione processuale per i reati di narcotraffico.

Il comma 7 dell'art. 73, applicabile a tutte le condotte disciplinate nei commi precedenti, infatti, prevede una sensibile diminuzione di pena qualora il reo assuma atteggiamenti collaborativi con la polizia o l'autorità giudiziaria⁸⁷: tale norma premiale incoraggia il pentimento post-delittuoso, nell'ottica di una migliore prevenzione e repressione dei reati in materia di stupefacenti⁸⁸. È dunque contraddittorio che il legislatore, qualora l'autore sia un recidivo reiterato, neutralizzi la spinta incentivante della disposizione, posto che l'attività collaborativa da lui fornita, sebbene «completa, vasta ed incondizionata»⁸⁹ come nel caso in esame, non potrà mai condurre a una diminuzione delle pene assai elevate dell'art. 73 d.P.R. 309/1990.

D'altro canto, la scelta di collaborare con l'autorità rappresenta una «forma qualificata»⁹⁰ di condotta susseguente al reato, la cui valenza non può essere presuntivamente svilita, proprio perché è un indice rilevante della (non) pericolosità del soggetto o, quantomeno, del «distacco dall'ambiente criminale nel quale la sua attività in materia di stupefacenti era inserita»⁹¹.

La stessa Consulta aveva già osservato come la rigida presunzione di una elevata capacità a delinquere – fondata sullo *status* di recidivo reiterato e tale da precludere l'applicazione della attenuanti generiche – fosse «inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo,

⁸⁷ Ai sensi dell'art. 73, comma 7, d.P.R. 309/1990 «le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti».

⁸⁸ Cfr., sul punto, F. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti*, cit., pp. 186-187, il quale evidenzia come la *ratio* di tale beneficio per i casi di ravvedimento processuale si giustifichi con la necessità di «agevolare l'accertamento del reato e, più particolarmente, l'individuazione e la cattura degli altri concorrenti».

⁸⁹ Cfr. Corte cost., sent. 7 aprile 2016, n. 74, cit.

⁹⁰ Si esprime così di G. LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, cit.

⁹¹ Cfr. Corte cost., sent. 7 aprile 2016, n. 74, cit.

dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento»⁹².

Ebbene, il medesimo ragionamento si può applicare al comportamento collaborativo di cui all'art. 73, comma 7, d.P.R. 309/1990: tale condotta susseguente al reato è proiettata verso il futuro e ben può segnare una radicale discontinuità con i precedenti atteggiamenti del reo, così da privare di qualsiasi fondamento razionale l'effetto preclusivo introdotto dal legislatore al comma quarto dell'art. 69 c.p.

Al termine dell'analisi di queste pronunce, si possono trarre alcune conclusioni sul modo di agire della Corte. Quest'ultima dimostra di prediligere un approccio improntato alla cautela, evitando di dichiarare *in toto* l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., limitandosi invece a censurare specifici combinati disposti con l'art. 73, commi 5 e 7, d.P.R. 309/1990 (sentt. 251/2012 e 74/2016) e con gli artt. 648, comma 2, e 609 *bis*, comma 3, c.p. (sent. nn. 105 e 106 del 2014).

Si potrebbe così riassumere il filo conduttore che lega le quattro citate sentenze: il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata non sarebbe sempre e comunque illegittimo per contrasto con gli artt. 3, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost., ma avverserebbe tali principi solo dinanzi a circostanze attenuanti espressive di una spiccata "significatività", qualitativa o quantitativa.

La Consulta, in chiave qualitativa, ha invero valorizzato i differenti nuclei criminologici sottesi, rispettivamente, al reato-base e alla fattispecie circostanziata: si pensi alla già menzionata distinzione tra il piccolo spacciatore di strada e il grande trafficante di stupefacenti. Sul versante quantitativo, ha prestato particolare attenzione alle attenuanti la cui cornice edittale sia nettamente inferiore rispetto a quella prevista per il reato-base, come nel caso della ricettazione di particolare tenuità *ex art.* 648, comma 2, c.p.

Questo ultimo passaggio merita di essere sviluppato.

Nel nostro ordinamento sono presenti altre ipotesi nelle quali le attenuanti hanno un peso assai cospicuo nella commisurazione della pena: basti qui pensare

⁹² Ci riferiamo a Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183, cit., mediante la quale i Giudici di Palazzo della Consulta hanno dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 62 *bis*, comma 2, c.p.

alle circostanze di cui all'art. 630, commi 4 e 5, c.p. in tema di dissociazione da parte del concorrente nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione⁹³. Ci pare fuori di dubbio che, nel caso in cui venisse sollevata questione di legittimità dell'art. 69, comma 4, c.p. nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza di tali attenuanti in presenza della recidiva reiterata, il Giudice delle leggi, a rigore, non potrebbe sottrarsi dall'effettuare un ulteriore intervento ablatorio.

In linea generale, sembrerebbe che l'irrigidimento del giudizio di comparazione non si addica alle situazioni nelle quali con l'aggravante *ex art. 99*, comma 4, c.p. concorrano attenuanti ad effetto speciale oppure indipendenti o autonome: tali previsioni accessorie, infatti, incidendo in maniera profonda sulla comminatoria edittale del reato-base, evidenzerebbero già in astratto modalità della condotta molto meno offensive e perciò non meritevoli di essere travolte per il sol fatto che si abbia a che fare con un autore ricaduto per la terza volta nel crimine⁹⁴.

In una prospettiva di riforma, il legislatore dovrebbe quindi porre all'ordine del giorno una nuova modifica del quarto comma dell'art. 69 c.p., che non presti il fianco alle censure di costituzionalità sopra ampiamente illustrate.

Le strade da percorrere sono le più svariate: in particolare, si potrebbe mantenere il limite al giudizio di comparazione, ma solamente riferito alle attenuanti ad efficacia comune⁹⁵ oppure – come condivisibilmente sostenuto da

⁹³ La fattispecie attenuata del quarto comma dell'art. 630 c.p., infatti, prevede la sanzione della reclusione da sei mesi a otto anni – a differenza di quella stabilita per il reato base: reclusione da venticinque e trent'anni – per l'agente che, dissociandosi dagli altri, si adopera in modo che il soggetto passivo riacquisti la libertà. Non diversamente, l'attenuante di cui al quinto comma del medesimo art. 630 c.p. fa sì che la pena sia diminuita da un terzo a due terzi nei confronti di colui che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori.

⁹⁴ Estremamente critica nei confronti di tali ipotesi applicative del giudizio di bilanciamento è A. PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, cit., p. 71, la quale propone, in una prospettiva *de iure condendo*, di trasformare in reati autonomi le previsioni di circostanze ad effetto speciale, da un lato, e di fare a meno del giudizio di bilanciamento per risolvere i residui casi di concorso eterogeneo, dall'altro (pp. 164-165).

⁹⁵ Cfr., sul punto, F. ROCCHI, *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, cit., pp. 4110-4111, secondo la quale il giudizio di bilanciamento potrebbe essere mantenuto, ma solo per le circostanze ad efficacia comune, mentre per quelle ad effetto speciale si potrebbe prevedere che esse «incidano sulla pena in un momento precedente e indipendente dal concorso». Del medesimo avviso D. NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle*

acuta dottrina – caducare *in toto* la disposizione in oggetto, intrinsecamente illegittima e paradigmatica di un diritto punitivo nei confronti di uno specifico tipo normativo d'autore⁹⁶. In una materia così delicata, infatti, ogni automatismo legale che precluda al giudice la possibilità di raccordare la pena agli effettivi profili di disvalore oggettivi e soggettivi del fatto concreto appare non conforme alla Costituzione, a prescindere dalla natura e dal tipo di circostanza attenuante di volta in volta ricorrente.

Resta da affrontare un ultimo profilo, il quale è senz'altro destinato a esplicare un rilevante effetto sulla prassi applicativa: le citate sentenze del Giudice delle leggi, infatti, oltre a delimitare la portata applicativa del meccanismo di cui all'art. 69, comma 4, c.p., sollevano il delicato problema relativo alla sorte delle pene già inflitte con sentenza irrevocabile sulla base di una norma dichiarata (in seguito) illegittima.

La questione concernente la possibilità che la declaratoria di incostituzionalità di una disposizione penale diversa da quella incriminatrice, incidente tuttavia sul trattamento sanzionatorio, possa comportare una rideterminazione *in executivis* della sanzione è stata posta al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale degli ultimi anni, anche se sembra oramai consolidato l'orientamento secondo il quale «se una pena è stata inflitta sulla base di una legge illegittima, anche la sua esecuzione dovrà considerarsi illegittima»⁹⁷.

attenuanti sulla recidiva reiterata, cit., p. 1762, che sottolinea come l'automaticità del divieto di prevalenza delle attenuanti «non si addica al caso in cui con la recidiva concorrano attenuanti ad effetto speciale oppure attenuanti a pena c.d. indipendente o a pena c.d. autonoma»; A. MICHAEL, *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, cit., p. 1094, parla di «un irragionevole assoggettamento a bilanciamento» di tali tipologie di circostanze, alle quali dovrebbe riconoscersi «uno statuto di applicazione "necessario", sottratto a priori dalla discrezionalità giudiziale».

⁹⁶ Sostiene questa tesi G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, cit., pp. 17-18, il quale critica la distinzione tra le attenuanti «di serie A» e quelle «di serie B». Fortemente critica nei confronti della permeanza di un simile meccanismo è anche A. LONGO, *La "ex Cirielli" e la logica del "three strikes and you're out"*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 234, nella parte in cui afferma che «la rigidità del dosaggio sanzionatorio vulnera i principi fondamentali di ragionevolezza» desumibili dall'art. 3 Cost.

⁹⁷ L'espressione, che ha il pregio di riassume brevemente i risultati di un complesso percorso dottrinale e giurisprudenziale in siffatto ambito, appartiene a F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola* (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano), in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, p. 250.

Detto altrimenti, la formazione del giudicato non potrebbe giustificare l'esecuzione di una pena più sfavorevole, spettando al giudice dell'esecuzione l'obbligo di rideterminarla sulla base di una disciplina costituzionalmente conforme.

Tale epilogo, recepito in prima battuta dalle sezioni semplici della Cassazione⁹⁸, è stata avvallato anche dalle Sezioni Unite, le quali hanno stabilito che «il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato, sotto il profilo della gerarchia delle fonti, rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato»⁹⁹. Il riferimento alle “norme dichiarate incostituzionali” – prosegue la Suprema Corte – «evoca qualsiasi tipologia di norma penale, comprese quindi quelle che incidono sul *quantum* sanzionatorio»¹⁰⁰, con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione deve provvedere, incidendo sul giudicato, alla sollecitata sostituzione della pena ingiusta, avvalendosi dei poteri previsti dagli artt. 665, 666 e 670 c.p.p.

Una conclusione analoga è stata recepita, sempre dalle Sezioni Unite, proprio con riferimento alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui precludeva di valutare come prevalente l'attenuante dello spaccio di lieve entità sulla recidiva reiterata.

La Cassazione, nella sua composizione più autorevole, ha difatti statuito che «per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 251 del 2012, il giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 666, comma 1, c.p.p. e in applicazione dell'art. 30,

⁹⁸ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16 maggio 2013, n. 21982, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 777, ad avviso della quale «la declaratoria di incostituzionalità, incidente fin dalla sua originaria vigenza sulla norma penale eliminata dall'ordinamento, rendendola inapplicabile ai rapporti giuridici in corso con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento, arriva a travolgere lo stesso giudicato». In termini analoghi Cass. pen., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, in *Guida dir.*, 2012, 9, p. 71; Cass. pen., Sez. I, 24 febbraio 2012, n. 19391, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 maggio 2012, con nota di G.L. GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.)*.

⁹⁹ Si veda Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, in *Cass. pen.*, 2015, p. 28, con nota di M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*. L'Autore ripercorre il percorso argomentativo dei giudici di legittimità, ispirato alla piena valorizzazione del *favor libertatis*, che ha condotto al riconoscimento di «una efficacia iperretroattiva delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale [...] che travolge il giudicato di condanna» (p. 66).

¹⁰⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, cit.

comma 4, della legge n. 87 del 1953, potrà affermare la prevalenza della circostanza attenuante, sempreché una simile valutazione non sia stata esclusa nel merito dal giudice della cognizione, secondo quanto risulta dal testo della sentenza irrevocabile»¹⁰¹.

È facile intuire come tali principi troveranno parimenti applicazione in conseguenza delle successive declaratorie di incostituzionalità, rese con le due sentenze del 2014 e con l'ultima – solo in ordine di tempo – del 2016. La limatura al divieto di bilanciamento della recidiva comporterà, infatti, la possibilità di rideterminare *in executivis* la pena nei confronti di tutti i condannati in via definitiva per i reati di ricettazione, violenza sessuale o detenzione illecita di stupefacenti, rispetto ai quali il giudice di cognizione non abbia potuto applicare l'attenuante prevista, rispettivamente, dagli artt. 648, comma 2, 609 *bis*, comma 3, c.p. e art. 73, comma 7, d.P.R. 309/1990.

7. La recidiva in sede di esecuzione

Soffermandoci ancora sugli effetti indiretti in sede di esecuzione, è di particolare interesse una sentenza del 2010, nella quale la Consulta si è tornata a occupare¹⁰² della disposizione di cui all'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. pen., ove è stabilito il divieto di concedere per più di una volta l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare o la semilibertà al condannato a cui sia stata applicata la recidiva reiterata¹⁰³.

¹⁰¹ Passaggio presente nella motivazione di Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 975, con nota di D. VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, il quale parla, significativamente, di una «inevitabile fragilità del giudicato nei casi di pena illegale» (p. 1007).

¹⁰² Già nel 2007, infatti, il Giudice delle leggi – come riportato nel paragrafo 2 del presente capitolo – aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. pen., nella parte in cui non prevedeva l'accesso ai benefici ivi previsti ai soggetti che, alla data di entrata in vigore della legge 251/2005, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato ai benefici richiesti (cfr. Corte cost., sent. 16 marzo 2007, n. 79, cit.).

¹⁰³ Cfr. Corte cost., sent. 8 ottobre 2010, n. 291, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3766, con commento di C. RENOLDI, *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici*

Il divieto assoluto appena menzionato – a detta del Tribunale di sorveglianza di Genova¹⁰⁴ – cozzerebbe con il principio di ragionevolezza e soprattutto con il finalismo rieducativo della pena, vero cardine dell'ordinamento penitenziario.

La Corte, in questa occasione, non dichiara l'illegittimità di tale «norma-bandiera»¹⁰⁵ della riforma attuata con la legge *ex Cirielli*, ma ne offre una lettura costituzionalmente orientata: la preclusione ivi stabilita, infatti, opererebbe in modo assoluto solamente «quando il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante»¹⁰⁶.

Detto altrimenti, il Giudice delle leggi prospetta due ipotesi distinte. Da un lato, vi è quella in cui, dopo una seconda condanna e l'eventuale concessione di un beneficio, il reo venga dichiarato recidivo *ex art. 99, comma 4, c.p.* nella terza condanna. Ebbene, in un caso simile il divieto non opera e l'istituto alternativo rimane ancora applicabile all'autore del reato, che conseguentemente può essere valutato dal giudice «come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso a priori, per effetto di una astratta previsione normativa»¹⁰⁷.

Per contro, la presunzione assoluta opera qualora il reo, dopo la terza condanna con applicazione della recidiva reiterata e di un beneficio, venga condannato per la quarta volta. Rispetto a quest'ultima situazione – prosegue la

penitenziari. Si veda altresì F. FIORENTIN – L. DELLI PRISCOLI, *“Tre colpi e sei fuori”: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1878 ss.

¹⁰⁴ Si veda Trib. Genova, ord. 25 novembre 2009, in *Gazz. uff.*, 12 maggio 2010, n. 19.

¹⁰⁵ La definisce così F. FIORENTIN – L. DELLI PRISCOLI, *“Tre colpi e sei fuori”: una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, cit., p. 1879. Per un'analisi delle preclusioni previste dall'art. 58 *quater* ord. pen. nei confronti dei recidivi reiterati si veda C. CESARI, sub *art. 58-quater*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., Padova, 2011, in particolare pp. 875-878; A. MARTINI, *Commento all'art. 7 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, pp. 488-489, il quale parla di un atteggiamento di «sostanziale sfiducia» del legislatore verso tale categoria di soggetti.

¹⁰⁶ Cfr. Corte cost., sent. 8 ottobre 2010, n. 291, cit.

¹⁰⁷ Efficace passaggio ripreso da Corte cost., sent. 8 ottobre 2010, n. 291, cit.

Consulta – la previsione legislativa di un regime differenziato è giustificata e non si palesa come manifestamente irragionevole o arbitraria.

È difatti abbastanza agevole constatare che, secondo una massima di comune esperienza, la concessione di un ulteriore beneficio dello stesso tipo al soggetto che ricade per la quarta volta nel crimine possa non sortire effetti diversi da quello precedente¹⁰⁸; anzi, se si continuasse a far leva esclusivamente su una misura alternativa alla detenzione in carcere, che, in concreto, ha dimostrato la sua inefficacia sul piano special-preventivo, le funzioni di tutela della sicurezza pubblica e di prevenzioni dei reati sarebbero «fortemente compromesse»¹⁰⁹.

Mediante tali argomentazioni, la Corte è abile restringere¹¹⁰, analogamente a quanto fatto in precedenza con riferimento al condannato evaso¹¹¹, l'ambito applicativo di una controversa disposizione, in forza della quale si presume l'idoneità del solo trattamento rieducativo intramurario per determinati tipo di autore. Viene così compiuto un ulteriore passo verso l'eliminazione di aprioristici divieti nella concessione di benefici penitenziari, riespandendo la discrezionalità in capo al giudice nella valutazione concreta della personalità del condannato e della sua perdurante pericolosità sociale.

Tale processo è culminato, negli anni successivi, con il “decreto carceri”¹¹², il cui art. 2, comma 1, ha proceduto all'abrogazione dell'intero comma 7 *bis* dell'art. 58 *quater* ord. pen., sul presupposto che i recidivi reiterati «non sono sempre e

¹⁰⁸ Cfr., sul punto, R. BARTOLI, *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, cit., p. 21, il quale inoltre sottolinea che la preclusione potrebbe venire comunque meno, nel caso in cui il giudice decidesse di non applicare la recidiva, ad esempio per la diversità strutturale dei vari illeciti o la distanza temporale della loro commissione.

¹⁰⁹ Così Corte cost., sent. 8 ottobre 2010, n. 291, cit.

¹¹⁰ Così C. RENOLDI, *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, cit., p. 3781, il quale parla di «interpretazione restrittiva», suggerita anche dai lavori parlamentari propedeutici all'approvazione della legge di riforma.

¹¹¹ Cfr. Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 189, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2242, con nota di L. CESARIS, *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione dei benefici penitenziari*. In tale arresto la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità delle questioni proposte, sull'assunto che era possibile una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. pen.

¹¹² Decreto-legge 1 luglio 2013, n. 78, recante “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”, in *Gazz. uff.*, 19 agosto 2013, n. 193.

necessariamente portatori di una pericolosità sociale attuale»¹¹³. Tuttavia, in sede di conversione del decreto nella legge 94/2013, la norma è stata ripristinata *in toto*, con una modifica che – come vedremo meglio in seguito¹¹⁴ – è stata profondamente criticata per l’allontanamento dalla logica riformatrice originaria¹¹⁵: attualmente, quindi, le preclusioni sono ancora esistenti, seppur rilette alla luce dell’interpretazione restrittiva offerta dalla Corte costituzionale.

8. I tortuosi rapporti fra recidiva reiterata, continuazione e cumulo giuridico delle pene

Un’altra disciplina che è passata al vaglio della Consulta in merito alla compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e finalismo rieducativo della pena è quella concernente il trattamento differenziato e rigoroso per i recidivi reiterati in caso di continuazione¹¹⁶.

Com’è noto, la legge 251/2005 ha introdotto un nuovo e discusso quarto comma all’art. 81 c.p., il quale impone un limite minimo all’aumento di pena per i

¹¹³ Dossier del Servizio Studi del Senato sull’A.S. n. 896-B – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*, agosto 2013, n. 46, p. 24 (reperibile in www.senato.it).

¹¹⁴ Ci occuperemo nel Capitolo V del presente lavoro delle modifiche all’esecuzione della pena per i recidivi reiterati, resi necessarie in seguito alle condanne della Corte europea di diritti dell’uomo per il sovraffollamento endemico nelle carceri italiane.

¹¹⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, Torino, 2014, pp. 100-102, la quale parla di una «brusca frenata» al processo di eliminazione degli automatismi carcerari a carico dei recidivi in sede di conversione; gli automatismi carcerari residui, inoltre, soffrirebbero di un’intrinseca illegittimità incostituzionale. In termini analoghi si veda G. MANTOVANI, *L’affidamento in prova al servizio sociale e l’affidamento in prova “terapeutico”*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 93: l’Autrice si sofferma inoltre sui «delicati problemi di diritto intertemporale» derivanti dalla mancata conversione in legge del decreto.

¹¹⁶ Cfr. Corte cost., 26 novembre 2015, n. 241, in *Cass. pen.*, 2016, p. 567, con commento di E. APRILE, *La Consulta puntualizza quali sono le condizioni per l’applicazione della disciplina del reato continuato ai recidivi reiterati*. Sul medesimo arresto si vedano M. BRANCACCIO, *La recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, suppl. al n. 6, pp. 30-32; A. GABOARDI, *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene. Osservazioni a margine di C. cost., 21.10.2015 n. 241*, in www.la-legislazione-penale.eu, 22 marzo 2016; G. LEO, *Corte costituzionale: il cumulo materiale delle sanzioni irrogabili in concreto se più favorevole al reo, costituisce il limite della pena applicabile per il reato continuato o per il concorso formale tra reati*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 novembre 2015.

reati satellite – pari a un terzo della sanzione stabilita per il delitto più grave – qualora all'autore del reato sia stata applicata l'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p.¹¹⁷.

Ebbene, secondo il Tribunale di Macerata, tale disposizione presenterebbe numerosi profili di illegittimità, in particolare laddove vincolerebbe il giudice, nel giudizio *de quo*, a irrogare la pena per il reato satellite «necessariamente e inderogabilmente in misura pari al massimo edittale»¹¹⁸. All'imputato, infatti, era stata contestata sia la rapina aggravata (punita con una reclusione non inferiore ai quattro anni e sei mesi) sia il porto di armi od oggetti atti ad offendere che, ai sensi dell'art. 4. l. 110/195, prevede l'arresto da un mese a un anno. Applicando il disposto di cui all'art. 81, comma 4, c.p., l'aumento obbligatorio di pena sarebbe di un anno, ossia proprio la pena massima prevista dalla contravvenzione di cui all'art. 4., l. 110/1975.

Il Giudice delle leggi dichiara inammissibile la questione sollevata per una duplice ragione¹¹⁹, tuttavia la pronuncia è di particolare interesse perché consente di formulare alcune precisazioni in ordine all'esatta definizione delle modalità di determinazione della sanzione nel caso in cui il recidivo reiterato sia condannato in relazione a più reati uniti sotto il vincolo della continuazione.

In primo luogo, la Corte censura – in modo del tutto condivisibile – la carenza di motivazione sulla rilevanza della questione, dal momento che nell'ordinanza di rimessione non si precisava il momento esatto nel quale era stata applicata per la prima volta l'aggravante *ex art. 99, comma 4, c.p.* Secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, difatti, la “nuova” disposizione dell'art. 81 c.p., stante

¹¹⁷ Sulla genesi di tale criticata previsione si vedano R. BARTOLI, *Commento all'art. 5 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 454 ss.; L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 73 ss.; A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, pp. 847-849; S. TIGANO, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, pp. 304-306.

¹¹⁸ Si veda Trib. Macerata, ord. 4 giugno 2014, in *Gazz. uff.*, 4 marzo 2015, n. 9.

¹¹⁹ Secondo A. GABOARDI, *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene*, *cit.*, pp. 4-5, la Consulta ha avuto «gioco facile» nel dichiarare l'inammissibilità della quesitone, dal momento che era «così erroneamente impostata».

la sua assoluta eccezionalità, deve interpretarsi in senso restrittivo, per cui farebbe riferimento solo ai casi in cui il reo sia già stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza irrevocabile e non anche nelle ipotesi di prima applicazione della citata aggravante¹²⁰.

Una simile soluzione trova il proprio fondamento nella *consecutio temporum* dei verbi impiegati dal legislatore (ove nell'art. 81, comma 4, c.p. si parla di reati che «sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva» reiterata) ed è inoltre preferibile in considerazione del principio del *favor rei*¹²¹.

Oltre alla critica relativa all'insufficiente descrizione della fattispecie concreta in relazione alla suesposta tematica, la Corte stigmatizza l'apparato motivazionale dell'ordinanza di remissione, poiché viziato da un presupposto interpretativo erroneo, consistente in una lettura dell'art. 81, comma 3, c.p. incompatibile con il significato della legge.

Tale norma, cui il comma quarto rinvia, fissa come limite massimo al cumulo giuridico la pena che «sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti», ossia la sanzione complessiva derivante dalla somma aritmetica delle pene commisurate per i singoli illeciti. Il rimettente, tuttavia, ha ommesso di considerare che – come già affermato dalla Cassazione e dalla dottrina – il limite di pena “applicabile” indicato da tale norma non si riferisce all'astratta previsione edittale, bensì alle singole pene che il giudice ritiene di dover irrogare in concreto a ciascuno dei reati in concorso o in continuazione¹²².

¹²⁰ Cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. I., 26 marzo 2013, n. 18873, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. I, 1 luglio 2010, n. 31735, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2252, nella quale si afferma testualmente che «l'aumento minimo di un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dall'art. 81, comma 4, c.p., si applica solo quando l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva, e non anche quando egli sia ritenuto recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione, del cui trattamento sanzionatorio si discute». La medesima lettura era stata suggerita, seppur incidentalmente e in forma dubitativa, da una precedente sentenza della Consulta: cfr. Corte cost., ord. 6 giugno 2008, n. 193, cit.

¹²¹ Tale considerazione è presente in S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: “tre colpi e sei fuori”?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)*, Padova, 2006, p. 82. *Contra* A. MAMBRIANI, *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, cit., p. 847; L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 64, i quali valorizzano in particolar modo lo spirito della riforma del 2005, volta a punire in modo estremamente severo i recidivi.

¹²² Cfr. Cass. pen., Sez. I, 2 luglio 2009, n. 32624, in *www.iusexplorer.it*, nella quale si legge che l'art. 81, comma 4, c.p. «fa ovviamente salvi i limiti del terzo comma, stando al quale la pena a titolo di

Alla luce di ciò, quanto al caso del recidivo reiterato, la «clausola di salvezza»¹²³ posta in apertura della norma censurata permetterebbe di scendere al di sotto del terzo della pena base, beninteso sempre che il cumulo materiale delle pene da infliggere concretamente conduca a una punizione più lieve.

L'autorevole presa di posizione della Consulta pone nuovamente l'attenzione sul tema delle modalità di calcolo del cumulo giudico, che è da sempre uno degli argomenti più controversi nella giurisprudenza in materia di concorso formale e di continuazione criminosa. A ciò si aggiunge, nel caso in esame, l'ulteriore difficoltà data dal combinato disposto con l'art. 81, comma 4, c.p., norma che, nel porre un aumento minimo nei confronti di una categoria di recidivi, non brilla di certo per chiarezza lessicale¹²⁴.

Ma, forse, uno scenario così confuso discende dalla criticabile scelta effettuata "a monte", oltretutto di ritenere compatibili la continuazione di reati e la recidiva¹²⁵,

continuazione non può comunque essere superiore a quella "applicabile a norma degli articoli precedenti", e cioè a quella che in concreto si sarebbe potuta infliggere in caso di cumulo materiale». In dottrina si vedano R. BARTOLI, *Per una rifondazione delle problematiche poste dal calcolo del cumulo giuridico*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, in particolare pp. 1352-1353; A. GABOARDI, *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene*, cit., p. 6, il quale ritiene necessario che «il giudice proceda alla determinazione della pena per i singoli reati in concorso *uti singuli*».

¹²³ La definisce così G. LEO, *Corte costituzionale: il cumulo materiale delle sanzioni irrogabili in concreto se più favorevole al reo, costituisce il limite della pena applicabile per il reato continuato o per il concorso formale tra reati*, cit.

¹²⁴ Cfr. L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., p. 74, il quale significativamente parla della norma come di un «piccolo miracolo di oscurità».

¹²⁵ A favore della compatibilità tra questi due istituti si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Cassazione, secondo le quali «il riconoscimento della recidiva, con le conseguenze che essa comporta sulla pena per il reato successivamente commesso, non è di ostacolo, in presenza di identità del disegno criminoso, al contestuale riconoscimento della continuazione, essendo i due istituti diversi e tra loro compatibili e potendosi applicare, se del caso, congiuntamente» (Cass. pen., Sez. Un., 17 aprile 1996, Zucca, in *Cass. pen.*, 1997, p. 354). Nello stesso senso, più recentemente, si veda Cass. pen., Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37759, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1134; Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 2013, n. 41881, in *www.iusexplorer.it*. Secondo un orientamento più risalente, invece, «le norme sulla continuazione non sono applicabili ai reati commessi dopo il passaggio in giudicato della condanna, dovendo per essi applicarsi la disciplina della recidiva, inconciliabile per il suo fondamento razionale e per i suoi effetti con quella della continuazione» (Cass. pen., Sez. Un., 4 maggio 1968, Pierro, in *Giust. pen.*, 1968, II, c. 803). In dottrina ripercorre le due posizioni, antitetiche tra loro, E.M. AMBROSETTI, voce *Recidiva*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, in particolare pp. 4953-4954; T. BASILE, *Compatibilità giuridica tra recidiva e continuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, pp. 34-36.

due istituti tra loro diversi e persino «in rapporto di contraddizione»¹²⁶.

9. La fine annunciata di un discutibile automatismo: Corte costituzionale e recidiva obbligatoria a confronto

Il lungo cammino costituzionale della recidiva si conclude (per ora) con la sentenza 185 del 2015¹²⁷, mediante la quale la Consulta sferra un attacco deciso a uno degli aspetti più controversi dell'aggravante, così come rimodellata dalla legge *ex Cirielli*: ci riferiamo al regime di obbligatorietà previsto dal quinto comma dell'art. 99 c.p. nelle ipotesi di commissione di reati di particolare gravità e allarme sociale¹²⁸.

¹²⁶ Così P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 368, il quale sottolinea come il reato continuato si caratterizzi per un maggior *favor* nei confronti del reo, che discende dal medesimo disegno criminoso, a differenza della recidiva, con la quale il legislatore vuole punire più severamente il soggetto che non si è distolto dal crimine neppure in seguito a una sentenza irrevocabile di condanna. Ugualmente critici sono E. ALTAVILLA, *Appunti sulla recidiva*, in *Arch. pen.*, 1965, p. 261, poiché «recidiva e continuazione hanno una struttura giuridica essenzialmente diversa»; V. MIRANDA, *Recidiva aggravata e reati della stessa indole*, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 302, il quale parla di istituti «in aperta antitesi tra di loro»; S. TIGANO, *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, cit., p. 305, laddove ritiene «alquanto improbabile che possa fruire del cumulo giuridico di pene, in luogo di quello materiale, chi si sia visto applicare l'aggravante della recidiva». In giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. V, 11 novembre 2010, n. 5761, in *Cass. pen.*, 2012, p. 972, la quale ha affermato che «non vi è compatibilità tra recidiva e continuazione, con la conseguenza che non può tenersi conto della recidiva una volta ritenuta la continuazione tra il reato per cui sia pronunciata sentenza passata in giudicato, valutato come più grave e, pertanto, considerato reato base, e quello successivo, oggetto di ulteriore giudizio, in quanto i reati ritenuti in continuazione costituiscono momenti di un'unica condotta illecita, caratterizzata dalla reiterazione di diversi episodi delittuosi, consumati in attuazione di un medesimo disegno criminoso, con la conseguenza che non è possibile ritenere la recidiva per gli episodi successivi al primo. Tra i due istituti esiste, pertanto, assoluta antitesi, valorizzando la recidiva la speciale proclività a delinquere, espressa dalla reiterazione di reati consumati in piena autonomia rispetto a vicende pregresse ed elidendo la continuazione proprio la predetta autonomia, collegando ed unificando i diversi episodi criminosi».

¹²⁷ Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1400, con nota di M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*. Sulla medesima pronuncia si vedano R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2484 ss.; D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnesco degli automatismi della recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 30 ss.; R. ENNA, *La recidiva riformata e il suo naufragio costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2016, p. 417 ss.; F. ROCCHI, *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo automatismo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1493 ss.; F. URBAN, *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 febbraio 2016.

¹²⁸ Sulla genesi della disposizione di cui all'art. 99, comma 5, c.p. si veda, per tutti, T. PADOVANI, *Commento all'art. 4 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in*

La pronuncia, non così innovativa nei principi sottesi, è di fondamentale importanza perché, per la prima volta, censura in via diretta la disposizione di cui all'art. 99 c.p. e non, come avvenuto in precedenza, tutte le norme satellite che prevedono gli "effetti indiretti" della recidiva.

Le questioni di legittimità costituzionale che hanno condotto all'arresto del Giudice delle leggi in commento sono due: l'una sollevata dalla Cassazione¹²⁹, l'altra dalla Corte di appello di Napoli¹³⁰.

Entrambi i giudici *a quo* lamentavano la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo della manifesta irragionevolezza della norma censurata e dell'identità di trattamento di situazioni diverse, nonché dell'art. 27, comma 3, Cost., posto che il denunciato automatismo lederebbe il principio di proporzionalità della pena.

La Consulta, mediante un'articolata motivazione, giunge a una dichiarazione di parziale illegittimità della norma, limitatamente alle parole «è obbligatorio e»,¹³¹, valorizzando due aspetti: da un lato, la discrezionalità della recidiva, quale

materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), in *Leg. pen.*, 2006, in particolare pp. 450-452.

¹²⁹ Ci riferiamo a Cass. pen., Sez. V, ord. 10 settembre 2014, n. 37443, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 47, con nota di F. ROCCHI, «Semel malus semper praesumitur esse malus»: dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica. Si veda altresì A. LONGO, *La Corte di cassazione apre le porte di Palazzo della Consulta alla recidiva obbligatoria*, in *www.osservatorioaic.it*, 16 gennaio 2015. È opportuno sottolineare come in precedenza la Suprema Corte fosse già stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale del regime obbligatorio previsto dall'art. 99, comma 5, c.p., senza tuttavia ritenere mai fondate le eccezioni sollevate: cfr. Cass. pen., Sez. II, 21 novembre 2012, n. 8076, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. II, 9 febbraio 2011, n. 6950, in *Cass. pen.*, 2012, p. 156, nella quale si legge testualmente che «è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, comma 5, c.p., proposta, con riferimento agli art. 3, 25 e 27 Cost., per la maggiore severità della disciplina della recidiva reiterata nel caso di realizzazione di un delitto di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., stante la non irragionevolezza della previsione normativa, in quanto limitata a fattispecie specifiche, caratterizzate da notevole allarme sociale, e indicative del perdurare della capacità a delinquere del reo».

¹³⁰ Cfr. Corte app. Napoli, Sez. III, ord. 19 novembre 2014, in *Gazz. uff.*, 25 marzo 2015, n. 12.

¹³¹ In seguito alla parziale declaratoria di illegittimità, quindi, l'aumento di pena apportato per l'aggravante ex art. 99, comma 5, c.p., non può essere legato esclusivamente al dato formale del titolo del reato. Cfr., sul punto, Cass. pen., Sez. V, 7 dicembre 2015, n. 48341, in *Riv. pen.*, 2016, p. 608: «alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 2015, l'aumento di pena apportato per la recidiva presuppone un accertamento della concreta significatività del nuovo episodio in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, avuto altresì riguardo ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen., sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»; Cass. pen., Sez. I, 4 febbraio 2016, n. 25143, in *www.ilpenalista.it*, 28 settembre 2016, con nota di G. BONIFACIO, *Incostituzionalità della recidiva obbligatoria aggravata. Prime applicazioni*.

presupposto indefettibile di legittimità della stessa, dall'altro, la tendenziale incostituzionalità di tutte presunzioni assolute in materia penale.

In primo luogo, la Corte ricostruisce i lineamenti della recidiva e in ciò condivide quanto da lei stessa già affermato nella sentenza 192 del 2007, vera e propria «stella polare nell'interpretazione del nuovo art. 99 c.p.»¹³², secondo la quale l'aggravante rispecchia una più accentuata colpevolezza e una maggiore pericolosità del già reo, che devono essere accertate nel caso concreto¹³³.

Il fondamento “ambivalente” della recidiva è stato più volte riconosciuto anche dalla Cassazione, finanche nella sua composizione più autorevole, nel momento in cui ha stabilito che in tutte le ipotesi previste dall'art. 99 c.p. – ad eccezione di quella di cui al quinto comma – è compito del giudice verificare concretamente se la ricaduta nel crimine è un sintomo effettivo di riprovevolezza e/o pericolosità, in relazione alla natura degli illeciti, alla qualità dei comportamenti, alla distanza temporale e a ogni possibile parametro individualizzante¹³⁴.

Il discorso muta in radice qualora ci si debba occupare del peculiare caso della recidiva obbligatoria: un simile accertamento è difatti precluso, in quanto l'aumento di pena è obbligatorio e discende unicamente dall'appartenenza del nuovo delitto al “catalogo” di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.

Un così rigido automatismo, basato solo sul dato formale del titolo del nuovo reato, è del tutto privo di ragionevolezza, perché «inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo. L'obbligatorietà stabilita dal quinto comma dell'art. 99 cod. pen. impone l'aumento

¹³² Espressione utilizzata da F. ROCCHI, «Semel malus semper praesumitur esse malus»: dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica, cit., pp. 53-54.

¹³³ Cfr. Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit.

¹³⁴ Cfr. gli arresti a Sezioni Unite e le pronunce ivi richiamate: Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4193, con nota di L. AGOSTINI, *Sez. un.*, 24 febbraio 2011, *Indelicato: il sistema neutralizza un corpo estraneo*.

della pena anche nell'ipotesi in cui esiste un solo precedente, lontano nel tempo, di poca gravità e assolutamente privo di significato ai fini della recidiva»¹³⁵.

In altri termini, la Corte censura l'aumento obbligatorio fondato su una presunzione assoluta di maggiore pericolosità e colpevolezza poiché quest'ultima non riflette l'*id quod plerumque accidit*. È noto, infatti, che il Giudice delle leggi non sia aprioristicamente contrario alla presenza di presunzioni assolute in materia penale, tuttavia richieda un'attenta verifica in merito alla validità della regola alla base delle stesse, con la conseguente illegittimità ex art. 3 Cost. di tutte quelle prive di un solido fondamento empirico o scientifico¹³⁶.

Tale linea argomentativa ha iniziato a svilupparsi già nel momento in cui la Corte si è dovuta confrontare con le ipotesi di pericolosità sociale presunta nell'ambito delle misure di sicurezza prima della legge c.d. Gozzini¹³⁷: così ha dichiarato l'incostituzionalità della presunzione di pericolosità del minore di anni quattordici perché priva di fondamento, in quanto semmai, «data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenta l'eccezione, per cui l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna»¹³⁸.

Nello stesso modo, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'applicazione automatica, anche a notevole distanza dal fatto, della misura dell'ospedale psichiatrico giudiziario al soggetto proscioltto per inferiorità psichica,

¹³⁵ Rilevante passaggio presente nella motivazione di Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, cit.

¹³⁶ Cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 213, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2970; Corte cost., sent. 12 maggio 2011, n. 164, *ivi*, 2011, p. 2149. In generale sulle presunzioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale si veda l'ampio e dettagliato quadro tracciato da L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 18 settembre 2014, il quale affronta la tematica in un'ottica critica, parlando di una sorta di «presunzione di irragionevolezza» delle stesse (p. 2).

¹³⁷ Legge 10 ottobre 1986, n. 663, recante «Modifiche alla legge sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», in *Gazz. uff.*, 16 ottobre 1986, n. 241, il cui art. 31 ha abrogato l'art. 204 c.p. e ha stabilito che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa».

¹³⁸ Cfr. Corte cost., sent. 20 gennaio 1971, n. 1, in *Giur. cost.*, 1971, p. 1, con nota di G. VASSALLI, *La pericolosità sociale presunta del minore non imputabile*, il quale correttamente sostiene come il principio sotteso alla pronuncia possa essere in futuro «esteso a tutti i casi di pericolosità presunta» (p. 7).

in quanto poggiava su una presunzione di persistenza della stessa infermità priva di basi scientifiche¹³⁹.

Ora, ritornando a occuparci della disposizione di cui al quinto comma dell'art. 99 c.p., è palese che – come condivisibilmente affermato dalla Consulta – la presunzione assoluta ivi stabilita sia priva di un fondamento conforme a dati di esperienza generalizzati, poiché l'aumento di pena si giustifica unicamente sull'appartenenza del nuovo episodio delittuoso all'elenco dei reati indicati dall'art. 407 c.p.p., fatto che di per se non è in grado di esprimere nulla di significativo in ordine alla maggiore colpevolezza ovvero alla più accentuata pericolosità sociale del reo.

Tant'è vero che è abbastanza agevole ipotizzare situazioni concrete contrarie alla predetta generalizzazione: si pensi al caso di un soggetto condannato per un'ingiuria che commetta, molti anni dopo, una rapina aggravata, delitto quest'ultimo rientrante nel "catalogo" previsto dalla norma del codice di rito¹⁴⁰.

A sostegno di quanto detto si può ricordare anche la fattispecie che ha dato luogo al giudizio di legittimità, nella quale un individuo, con alle spalle un lontano precedente per rissa, era imputato per l'induzione e lo sfruttamento della prostituzione minorile. Ebbene, il giudice di primo grado, pur errando nel non ritenere il delitto *ex art. 600 bis c.p.* tra quelli indicati nell'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., aveva escluso la recidiva, proprio perché tra i due illeciti non vi sarebbe stata nessuna relazione "qualificata" tale da rendere necessaria l'applicazione dell'aggravante¹⁴¹.

Per salvare la presunzione censurata non sarebbe stato neppure sufficiente recuperare l'interpretazione assolutamente minoritaria e più restrittiva del quinto

¹³⁹ Ci riferiamo a Corte cost., sent. 27 luglio 1982, n. 139, in *Giur. cost.*, 1982, p. 1191.

¹⁴⁰ F. ROCCHI, *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo automatismo sanzionatorio*, cit., p. 1502, sostiene inoltre come sia ben possibile che il nuovo reato *sub judice*, che dovrebbe essere espressivo di una maggiore colpevolezza o pericolosità sociale del reo, in realtà manifesti una «modesta rilevanza offensiva». In termini analoghi R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, cit., p. 2487, osserva come la gravità del nuovo reato venga presa in considerazione «non in termini di disvalore concreto ma – per così dire – astratto. Più che l'offensività oggettiva del delitto, ciò che rileva è la sua qualificazione formale».

¹⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, ord. 10 settembre 2014, n. 37443, cit., nella quale si afferma come tale situazione di fatto sia «esemplare» per dimostrare l'irragionevolezza della presunzione assoluta.

comma dell'art. 99 c.p., propugnata da parte della dottrina e da alcuni tribunali di merito, ai sensi della quale il richiamo al "catalogo" di reati di particolare gravità e allarme sociale fosse «riferito congiuntamente sia al delitto fondante che a quello espressivo»¹⁴². Proprio tramite la valorizzazione dell'omogeneità tra i due distinti reati si sarebbe potuta ravvisare una base empirica più sicura per la supportare la fondatezza della presunzione assoluta cardine della recidiva obbligatoria¹⁴³.

Tuttavia, tale omogeneità è soltanto apparente poiché – come ricordato dalla Corte – «l'elenco contenuto nell'art. 407, comma 2, lett. a), cod. proc. pen., concerne reati eterogenei, collegati dal legislatore solo in funzione di esigenze processuali e in particolare del termine di durata massima delle indagini preliminari»¹⁴⁴, con la conseguenza che sono assolutamente inidonei a esprimere un comune dato significativo ai fini dell'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 99 c.p.

Tale ultimo passaggio ci spinge a formulare una considerazione. Probabilmente, se l'art. 99, comma 5, c.p. avesse previsto una recidiva effettivamente specifica, con la presenza di fattispecie omogenee dal punto di vista criminologico, il Giudice delle leggi non avrebbe dichiarato l'incostituzionalità di un siffatto automatismo sanzionatorio, fondato su una ragionevole – o quantomeno

¹⁴² Sostiene tale interpretazione S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, cit., pp. 79-80. In giurisprudenza si veda Trib. Milano, 24 novembre 2006, in *Foro ambr.*, 2006, p. 406: in tale pronuncia si afferma espressamente che «l'obbligatorietà dell'aumento presuppone che tanto il reato espressivo che quello presupposto siano richiamati dalla disposizione processuale di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.». Come detto, tale interpretazione è assolutamente minoritaria in giurisprudenza, specie dopo l'arresto a Sezioni Unite del 2011, nel quale è stata adottata la soluzione opposta, per cui «la maggiore rigidità degli effetti si ha nei soli casi in cui il nuovo delitto commesso rientri nell'elenco dettato dall'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.» (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, cit.). Condivide appieno la tesi accolta dai giudici di legittimità M. CASSANO, *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni irrisolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 31, secondo cui «tale conclusione appare maggiormente coerente con riguardo alla ratio complessiva sottesa all'intero istituto», dal momento che «è incontestabile che la commissione da parte del recidivo di un nuovo, più grave reato, ricompreso nel catalogo è espressiva di una più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità sociale».

¹⁴³ Cfr. F. ROCCHI, «Semel malus semper praesumitur esse malus»: dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica, cit., p. 62, secondo la quale l'interpretazione restrittiva che richiede l'omogenea particolare gravità dei due delitti sembra essere «l'unica che possa rendere conforme ai principi costituzionali di uguaglianza, personalità della responsabilità penale e finalismo rieducativo un simile regime presuntivo di maggiore pericolosità».

¹⁴⁴ L'eterogeneità del "catalogo" ex art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., è puntualmente sottolineata da Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, cit.

non irragionevole – presunzione di maggiore pericolosità o colpevolezza dell'autore.

La soluzione qui proposta parrebbe essere avallata da una precedente sentenza della Corte, che dichiarò infondata la questione di legittimità costituzionale dell'ipotesi di recidiva obbligatoria prevista dall'art. 296 d.P.R. 43/1973 (c.d. recidiva in contrabbando)¹⁴⁵.

Tale norma prevede due ipotesi speciali di recidiva, una specifica e l'altra reiterata specifica¹⁴⁶, che si differenziano rispetto alla figura generale di cui all'art. 99 c.p. proprio per il regime di obbligatorietà che le caratterizza¹⁴⁷. Ebbene, la Consulta non ha ritenuto la disciplina in contrasto con l'art. 3 Cost., valorizzando l'affinità strutturale degli illeciti, tutti ricompresi nell'ambito doganale, materia quest'ultima che necessita, inoltre, «per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace»¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Per comodità, si riporta in nota il testo dell'art. 296: «1. Colui, che dopo essere stato condannato per delitto di contrabbando previsto dal presente testo unico o da altra legge fiscale, commette un altro delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa è punito, oltre che con la pena della multa, con la reclusione fino ad un anno. 2. Se il recidivo in un delitto di contrabbando previsto dal presente testo unico o da altra legge fiscale commette un altro delitto di contrabbando per il quale la legge stabilisce la sola multa, la pena della reclusione comminata nella precedente disposizione è aumentata dalla metà a due terzi. 3. Quando non occorrono le circostanze previste in questo articolo, la recidiva nel contrabbando è regolata dal codice penale». Il d.P.R. 43/1973 è stato recentemente oggetto di alcune modifiche, attuate tramite il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, che hanno interessato – seppur indirettamente – l'art. 296. In argomento si veda *amplius* S. BOLIS, *Depenalizzazione del contrabbando e attenuata tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2016, in particolare pp. 4-5.

¹⁴⁶ Per una puntuale analisi di queste due peculiari figure di recidiva si rimanda a G. FLORA, *Le disposizioni speciali sulla recidiva, abitudine e professionalità*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VI, *I reati doganali*, Padova, 1999, pp. 138-141; M.G. MAGLIO – F. GIANNELLI, *Aspetti sostanziali e processuali della recidiva in contrabbando*, in *Riv. pen.*, 1998, pp. 417-420, i quali tuttavia dubitano della legittimità costituzionale delle stesse, dal momento che l'obbligo di aumento di pena appare viziato da una «enorme irragionevolezza» ex art. 3 Cost.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1991, Bismuto, in *Cass. pen.*, 1991, p. 2614, laddove afferma che «la formulazione dell'art. 296 l. doganale prevede che la recidiva in contrabbando ha una connotazione autonoma rispetto a quella di cui all'art. 99 c.p. in quanto è obbligatoria e non facoltativa e va considerata come una particolare circostanza aggravante soggettiva siccome inerente alla persona del colpevole».

¹⁴⁸ Fondamentale passaggio argomentativo presente in Corte cost., sent. 12 gennaio 1977, n. 5, in *Giur. cost.*, 1977, p. 25. Commenta criticamente tale pronuncia E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, in *Giust. pen.*, II, 1986, in particolare cc. 669-670, la quale sostiene come le argomentazioni della Consulta si basino esclusivamente su «clausole di stile», giungendo a soffocare «una delle più significative riforme penali», che aveva esaltato il ruolo e il potere discrezionale dei giudici.

Certo, non si può sottovalutare la circostanza che tale pronuncia risale alla fine degli anni Settanta, nel momento in cui i “giudizi di fatto”¹⁴⁹ sulla misura delle pene non erano ancora penetrati nel sindacato costituzionale, né era maturato in seno alla Corte l’ostracismo nei confronti delle presunzioni assolute di pericolosità soggettiva. Lo stesso cammino costituzionale della recidiva era agli albori, non erano stati ancora enunciati i requisiti “sostanziali” per l’applicazione dell’aggravante, per cui è ipotizzabile anche uno scenario diverso, nel quale la Corte decida di modificare il proprio precedente orientamento e di dichiarare l’illegittimità della recidiva in contrabbando, senza con ciò intaccare le prerogative del potere legislativo.

A prescindere da quanto mai ardue previsioni sui futuri orientamenti dei giudici di Palazzo della Consulta, una cosa è certa.

Al termine di questo lungo *excursus* giurisprudenziale si può affermare il ruolo della Corte nella definizione dell’attuale disciplina della recidiva è andato via via crescendo nel corso degli ultimi anni, specie dopo la riforma del 2005, tant’è vero che la gran parte delle norme inserite con la legge *ex Cirielli* non hanno superato il penetrante vaglio costituzionale cui sono state sottoposte¹⁵⁰. I rimanenti istituti – come, ad esempio, quelli di cui agli artt. 62 *bis*, comma 2, e 69, comma 4, c.p. – sono ancora “traballanti” e passibili di ulteriori interventi caducatori, che potrebbero

¹⁴⁹ Per giudizio di fatto si intende specificamente quel peculiare tipo di sindacato che assume a oggetto anche la rispondenza alla realtà empirica e i riferimenti scientifici delle situazioni che il legislatore si preoccupa di definire. In ambito penalistico, tale giudizio è emerso in particolar modo con riguardo a tipizzazioni operate dal legislatore secondo valutazioni che pretendono di fondarsi sull’*id quod plerumque accidit*, come fattispecie di pericolo astratto e presunzioni di pericolosità sociale. Sulla possibilità da parte della Corte costituzionale di sindacare i giudizi di fatto, sottesi alle scelte legislative in materia penale si vedano G. FIANDACA, *Sui «giudizi di fatto» nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 265 ss.; D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, in particolare pp. 20-21, il quale sottolinea come vi sia uno spazio per valutare tali scelte, ma solamente nei limiti della non manifesta irragionevolezza.

¹⁵⁰ Cfr., sul punto, M. PELISSERO, *L’incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, cit., p. 1412, il quale evidenzia come la sentenza 185 del 2015 della Corte abbia dato «l’ultima picconata alla politica penale securitaria che stava alla base della riforma del 2005». In termini analoghi si veda R. ENNA, *La recidiva riformata e il suo naufragio costituzionale*, p. 417, la quale significativamente parla di un «naufragio costituzionale» della legge *ex Cirielli*.

essere evitati solo con un sempre più necessario, ma anche sempre meno realistico, intervento legislativo.

CAPITOLO IV

Le prospettive future della recidiva

SOMMARIO: 1. Alcune proposte *de iure condendo*: premesse metodologiche – 2. Sulla natura giuridica della recidiva: un dibattito oramai sopito? – 3. Conseguenze in ordine alla ritenuta natura circostanziale dell’istituto – 4. Dalla “recidiva internazionale” alla “recidiva europea”: una figura in via di evoluzione – 5. Recidiva, regime di procedibilità e determinazione della pena al fine dell’applicazione delle misure cautelari – 6. (segue) Ulteriori aspetti problematici – 7. La ragion d’essere della recidiva nel sistema penale – 8. Il nodo degli “effetti indiretti” – 9. Verso una “nuova” recidiva: alcuni spunti per una riforma organica – 10. (segue) La recidiva nei progetti di riforma della parte generale del codice penale

1. Alcune proposte *de iure condendo*: premesse metodologiche

Nonostante gli enormi sforzi profusi dalla Consulta, l’attuale disciplina della recidiva non pare del tutto convincente, sia a causa dei perduranti profili di tensione con i principi costituzionali, sia in un’ottica di razionalità dell’intero sistema penale.

Da un lato, infatti, il ruolo degli “effetti indiretti”, anche in seguito alle limature della Corte e agli interventi del legislatore¹, è tuttora sproporzionato e in parte privo di un valido fondamento razionale; dall’altro, è la stessa formulazione

¹ Ci riferiamo, in particolare, alla legge di conversione del d.l. Carceri: legge 9 agosto 2013, n. 194, in *Gazz. uff.*, 19 agosto 2013, n. 193, che ha abrogato molte delle preclusioni in sede esecutiva e penitenziaria inserite dal legislatore del 2005 per combattere i recidivi, specie reiterati. Ci occuperemo in modo più approfondito della stessa nel paragrafo ottavo del presente Capitolo.

normativa dell'art. 99 c.p. ad essere critica, nella parte in cui abbina il requisito della perpetuità a quello della genericità, prefigurando la recidiva come un marchio incancellabile e «uno stigma imperituro»² che grava per tutta la vita sulle spalle del già reo.

L'obiettivo che ci prefiggiamo nelle prossime pagine – a dire il vero assai ambizioso – è quello di fornire al legislatore alcune proposte *de iure condendo* per una riforma organica del “sistema recidiva”, che ne riduca sensibilmente l'ambito applicativo e allo stesso tempo faccia tesoro degli insegnamenti del Giudice delle leggi.

Per fare questo il punto di partenza è obbligato, bisogna affrontare la *vexata questio* riguardante la natura giuridica e il fondamento dell'istituto, che da sempre si manifesta come «ibrido e proteiforme»³. Il rischio di cadere in una «trappola esegetica»⁴ non deve essere sottovalutato, tuttavia solo sciogliendo questo nodo dogmatico è possibile formulare una proposta giuridicamente valida.

Nel corso della trattazione ci avvarremo e cercheremo di trovare validi spunti anche dalle proposte formulate dalle Commissioni nominate (invano) nel corso degli ultimi anni per riformare la parte generale del codice penale, le quali, seppur con sfaccettature diverse, si sono sempre mosse nella prospettiva di una riduzione della rilevanza della recidiva nell'universo penalistico.

In conclusione, possiamo affermare – riprendendo le sempre attuali parole di un grande Maestro dell'Ottocento – che, nonostante la dottrina si occupi da secoli della disciplina giuridica della recidiva, le divergenze non siano del tutto appianate e di conseguenza «su tal punto la scienza non abbia ancora detto la sua ultima sillaba»⁵.

² Efficace espressione utilizzata, con particolare riguardo alla caratteristica della perpetuità dell'istituto *ex art. 99 c.p.*, da A. GUERRERIO, *Recidiva: le implicazioni soggettive esigono l'esplicitazione dei criteri*, in *Giust. pen.*, 2008, I, c. 311.

³ Si esprime così M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1225.

⁴ Mette in guardia da un simile rischio P. PITTARO, voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 365, il quale sottolinea come l'operazione possa condurre a risultati «indimostrabili o discutibili».

⁵ Celebre espressione utilizzata da F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1870, p. 127. Per l'Autore, nella recidiva «vi è qualcosa in più che il fatto di due

2. Sulla natura giuridica della recidiva: un dibattito oramai sopito?

In ordine alla natura, si fronteggiano tradizionalmente due macro-orientamenti dottrinali, l'adesione a uno piuttosto che all'altro comporta conseguenze molto diverse sul piano applicativo⁶.

Il primo e meno recente, che non trova echi in giurisprudenza, assimila la recidiva a una qualificazione soggettiva del reo, equiparabile agli indici di commisurazione della pena di cui all'art. 133, comma 2, c.p. Tale visione, propugnata da illustri Autori, è probabilmente la più aderente allo spirito del codice del 1930, dove hanno fatto ingresso per la prima volta gli *status* di pericolosità del reo, tra i quali rientrerebbe per l'appunto la recidiva⁷.

delitti, e che la mera proclività criminosa», tuttavia «oltre questa prima generalità incominciano le discordie» (p. 129).

⁶ Per una puntuale ricostruzione del dibattito tra le due contrapposte tesi si vedano E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, in particolare p. 54 ss.; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in C. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009, p. 137 ss.; G.L. GATTA, sub art. 99 c.p., in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, pp. 1647-1650; T. MARTINA, voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, vol. XXX, Roma, 2007, pp. 2-3; G. MORGANTE, sub art. 99 c.p., in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, tomo I, Milano, 2014, pp. 655-657; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, pp. 61-67; V. SERIANNI, voce *Recidiva*, in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, 1986, Torino, pp. 370-372; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il reo pericoloso*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, pp. 505-507.

⁷ Sono numerosi gli Autori che hanno sostenuto – o sostengono tutt'ora – la tesi della recidiva quale qualificazione soggettiva o *status* del reo: tra i più importanti si vedano F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. (aggiornata da L. CONTI), Milano, 2003, pp. 439-440; G. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982, p. 667-668, laddove ritiene che, al massimo, si potrebbe trattare di «una circostanza la quale aderisce alla persona del soggetto agente più che alla realtà soggettiva che ogni fatto delittuoso presenta»; R. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 78; F. GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, pp. 64-65, il quale ricostruisce l'istituto in termini di *status* di «pre-pericolosità» del soggetto agente; A. MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 72, nella parte in cui parla di qualificazione giuridica soggettiva che non si esprime direttamente nel reato; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, III ed., Bologna, 1939, p. 520, secondo il quale «la recidiva non può dirsi circostanza in senso proprio, giacché non ha nulla di accidentale, ma è espressione essenziale e fondamentale de carattere del delinquente»; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, VIII ed., Padova, 2013, p. 407, il quale la qualifica come *status* personale che, «proprio perché tale, anche se influisce sulla misura della pena, non può considerarsi come accessorio al reato, assolvendo a una funzione propria»; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, pp. 337-338; G.D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 974-975, che parla di una «qualificazione soggettiva del reo», dalla quale derivano numerose conseguenze applicative, come, ad esempio, l'assenza di un obbligo di contestazione della recidiva.

A conforto di questa tesi si valorizza innanzitutto la posizione topografica dell'art. 99 c.p., inserito – assieme all'abitudine, alla professionalità nel reato e alla tendenza a delinquere – nel Capo II del Titolo IV del Libro I del codice, che è dedicato proprio al reo (e alla persona offesa) e non al reato. La stessa qualificazione di recidiva come circostanza, effettuata dal legislatore all'art. 70, comma 1, n. 2), e comma 2, c.p., non sarebbe vincolante, posto che, in altre occasioni, tale termine è stato utilizzato in modo impreciso e atecnico: si pensi alla disciplina di cui agli artt. 59 e 119 c.p., laddove si parla di “circostanza” anche per indicare le cause di esclusione della punibilità e persino le cause di giustificazione⁸.

A ciò si aggiunga la mancata inclusione, almeno nella versione originaria, della recidiva nel giudizio di bilanciamento *ex* art. 69, comma 4, c.p., il che confermerebbe come non si tratti di un vero e proprio elemento accidentale del reato, quanto piuttosto di una qualificazione personale del soggetto⁹. Le conseguenze ricollegate allo *status* di recidivo, inoltre, non sono limitate al mero aumento di pena, come nel caso delle aggravanti, ma si estendono a ben più significativi effetti sia sul piano sostanziale che su quello processuale¹⁰.

In conclusione, il vero fulcro del ragionamento sta in questo: concettualmente, è arduo considerare circostanza del reato una condizione

⁸ Cfr., sul punto, A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958, p. 230: «per la verità il termine circostanza viene adoperato spesso con un significato equivoco nello stesso codice»; G. MULLIRI, *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, p. 1323, la quale sottolinea come il dato letterale «non può essere probante dato che, per ammissione espressa dei compilatori, l'uso del termine circostanza è fatto nelle più varie accezioni».

⁹ Così G.D. PISAPIA, *Riflessioni in tema di recidiva*, cit., p. 974. A tal proposito si veda anche *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, Roma, 1929, pp. 123-124, nella parte in cui motiva l'esclusione della recidiva e dell'imputabilità dal giudizio di bilanciamento poiché «tali circostanze escono, per così dire, fuori dal quadro della equivalenza o della prevalenza, essendo del tutto eterogenee rispetto alle altre circostanze comuni o speciali. Sarebbe evidentemente assurdo, per esempio, compensare il vizio parziale di mente con l'abuso dei poteri inerenti ad una funzione pubblica, o la recidiva con la provocazione»; per tali ragioni, «le regole sulla prevalenza e sulla equivalenza sono applicabili soltanto in quanto si rimanga nel campo delle vere e proprie circostanze che modificano esclusivamente la quantità del reato, rappresentandone una accidentalità, una modalità, una casualità».

¹⁰ Tale argomentazione in favore della natura non circostanziale dell'istituto la si ritrova in L. MAZZA, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1988, pp. 131-132. In modo non dissimile A. JANNITTI-PIROMALLO, *Illustrazione pratica dei codici penale e di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1931, p. 269, pone l'accento sul fatto che la recidiva importi, oltre all'aggravamento della pena, «molteplici altri effetti, che la legge determina di volta in volta».

personale che deriva dalla sola esistenza di una precedente condanna definitiva per un fatto diverso¹¹.

L'argomentazione da ultima menzionata – e più in generale la tesi che nega la natura circostanziale della recidiva – non può essere accolta¹².

Anche non volendo dare peso all'art. 70 c.p., che pure annovera espressamente tra le circostanze del reato quelle inerenti alla persona del colpevole¹³, vi sono degli ulteriori riferimenti normativi che contraddicono l'asserita incompatibilità tra *status* soggettivi ed elementi circostanziali: basti qui ricordare l'art. 61, comma 1, n. 6), c.p., nella parte in cui il legislatore ha deciso di aggravare la pena proprio in ragione della condizione di latitanza del colpevole.

Proseguendo nell'analisi del dato normativo, che è l'imprescindibile strumento dell'interprete nell'opera di qualificazione giuridica di un istituto¹⁴, è di

¹¹ Cfr., quasi testualmente, P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., p. 337, il quale aggiunge anche il fatto che le circostanze aggravanti possono essere ritenute o non ritenute sulla base di una valutazione dei fatti concreti, mentre il fatto-recidiva (la precedente condanna) esiste di per sé, solo che il giudice è libero di applicare o meno l'aumento di pena.

¹² In effetti, è maggioritaria la dottrina che, soprattutto in seguito alla riforma attuata con la legge 7 giugno 1974, n. 220, appoggia l'inquadramento della recidiva nell'alveo delle circostanze aggravanti in senso tecnico: E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., pp. 66-67 e pp. 75-77; G. CONTENTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, pp. 149-152; F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981, pp. 127-135; G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965, pp. 42-45; F. GIUNTA, *Se la recidiva abbia natura circostanziale*, in *Studium Iuris*, 1997, pp. 1322-1323; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. (aggiornata da E. DOLCINI – G.L. GATTA), Milano, 2015, pp. 575-576; M. MINERVINI, *L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. studi penit.*, 1975, pp. 326-328; T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012, pp. 269-273; PITTARO, voce *Recidiva*, cit., p. 365; D. PULITANO, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, pp. 393-395; A. ROMANELLI, *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1968, II, cc. 236-240; M. ROMANO, sub art. 99 c.p., in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, 2012, pp. 95-97.

¹³ Secondo la condivisibile opinione di G. MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, cit., pp. 94-95, invece, il dato letterale di cui all'art. 70 c.p. è di fondamentale importanza, poiché l'espressa menzione della recidiva all'interno della disposizione ha senso logico soltanto ammettendo che l'istituto ex art. 99 c.p. costituisca una circostanza in senso proprio.

¹⁴ Concordiamo con quando affermato da R. BARTOLI, voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 895, secondo cui «ai fini della qualificazione come circostanza occorre attribuire valore determinante agli indici formali». Analogamente A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003, p. 475, nt. 30, sottolinea come «in ogni caso, poi, a decidere della natura giuridica di un istituto è il regime adottato dal diritto. E tale regime, nel caso della recidiva, è quello caratteristico delle circostanze». Secondo A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 65, infine, è «priva di rilevanza ogni considerazione basata su valutazioni di tipo ontologico o funzionale», poiché ciò che realmente conta è «il carattere vincolante del dato normativo» del diritto positivo attuale.

tutta evidenza che le scelte di politica criminale successive al 1930 abbiano accentuato il carattere circostanziale della recidiva.

L'inclusione della stessa (e dell'imputabilità) nel giudizio di comparazione, effettuata dalla riforma del 1974, ne è un chiaro esempio: si può sostenere che proprio l'espressa menzione delle circostanze inerenti alla persona del colpevole nell'art. 69 c.p. è emblematica della volontà del legislatore, consapevole delle controversie dogmatiche in ordine a tale discussa categoria, di ribadirne la natura di circostanza in senso tecnico anche ai fini del bilanciamento¹⁵.

Un ulteriore indizio si rinviene nella controriforma del 2005, che è intervenuta nuovamente sul quarto comma dell'art. 69 c.p., prevedendo alcune limitazioni al potere discrezionale del giudice qualora venga in gioco la recidiva reiterata e confermando così, seppur implicitamente, la qualifica di *accidentalia delicti*. In modo più esplicito, nell'art. 47 *ter* ord. pen., novellato anch'esso dalla legge *ex Cirielli*, compare la locuzione «né sia stato mai condannato con l'aggravante di cui all'art. 99 del codice penale», con l'utilizzo del termine giudico "aggravante", intesa come circostanza, in relazione proprio all'istituto della recidiva.

Queste indicazioni sono state puntualmente colte dai giudici di legittimità, i quali, già da prima della riforma degli anni Settanta, hanno iniziato a riconoscere, seppur con qualche incertezza, la natura circostanziale dell'istituto¹⁶. Tale indirizzo si è definitivamente consolidato in seguito al 1974, nel momento in cui la Cassazione ha ritenuto la recidiva rientrante a pieno diritto tra le aggravanti in senso tecnico¹⁷.

¹⁵ Cfr., sul punto, le lucide considerazioni di E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 66.

¹⁶ Si veda, a tal proposito, Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 1966, n. 1258, in *CED Cass.*, 103217, nella quale si legge testualmente che «la recidiva non costituisce una autonoma situazione soggettiva della persona che infrange il comando penale, ma una circostanza aggravante, con la conseguenza che deve essere contestata anche quando risulti da un documento pubblico». *Contra* Cass. pen., Sez. V, 21 febbraio 1968, n. 629, in *CED Cass.*, 107330: «la recidiva non può essere considerata una circostanza aggravante del reato, bensì una situazione soggettiva autonoma della persona, che spiega *de iure* i suoi effetti penali e che può essere dedotta dal certificato del casellario giudiziale».

¹⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 1974, Caccavaro, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1976, p. 303, la quale afferma che «la recidiva continua – ovviamente nei limiti di cui all'ultimo comma dell'art. 99 c.p. – a svolgere il ruolo di circostanza aggravante in relazione alle molteplici finalità del processo». Nel medesimo senso si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 1974, Ronchini, in *Giust. pen.*, 1976, II, c. 306; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 1974, Vianello, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1974, p. 404. Una esaustiva ricognizione in merito all'orientamento giurisprudenziale sorto in seguito alla riforma del 1974 è svolta da R. BERTONI, *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, in particolare pp. 1393-1396. Più recentemente, si sono

L'ultima parola di questo dibattito è stata (quasi sicuramente) pronunciata dalle Sezioni Unite che, negli ultimi anni, si sono dovute occupare in più occasioni dell'istituto di cui all'art. 99 c.p., specie con riferimento ai suoi numerosi effetti indiretti.

Il Supremo collegio, nella sua composizione più autorevole, ha dapprima affermato in modo espresso che «la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante (inerente alla persona del colpevole: art. 70 c.p.), che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal Pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio, ma di cui è facoltativa (tranne l'eccezione espressa) l'applicazione, secondo l'unica interpretazione compatibile con i principi costituzionali in materia di pena»¹⁸.

In una pronuncia di poco successiva, i giudici di legittimità hanno ribadito il medesimo orientamento, valorizzando non solamente il dato letterale dell'art. 70 c.p., ma soprattutto il complesso delle disposizioni che riguardano la recidiva, così come modificate dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251. L'analisi logico-sistematica delle stesse – in particolare degli artt. 63, comma 3; 69, comma 4; 62 *bis*, comma 2; 81, comma 4, c.p. – «è univocamente indicativa del fatto che la recidiva è, piuttosto, una circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo *status* e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale»¹⁹.

Non solo, qualora comporti un aumento di pena superiore ad un terzo, ossia in tutti i casi diversi dalla recidiva semplice, si configura come aggravante ad effetto

esprese in favore della natura circostanziale Cass. pen., Sez. II, 21 gennaio 2016, n. 3662, in www.iusexplorer.it; Cass. pen., Sez. III, 30 gennaio 2014, n. 14439, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3379; Cass. pen., Sez. II, 8 aprile 2009, n. 18595, *ivi*, 2010, p. 1459.

¹⁸ Così Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2094, con nota di F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*. Tale pronuncia si è occupata della problematica concernente la preclusione ai recidivi reiterati del c.d. patteggiamento allargato, statuendo che qualora non si applichi l'aggravante ex art. 99, comma 4, c.p. rimangono esclusi altresì tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi alla circostanza, ivi compreso il peculiare regime previsto dall'art. 444, comma 1 *bis*, c.p.p.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1366, con nota di L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*.

speciale *ex art. 63, comma 3, c.p.*, con la conseguente applicazione dell'art. 63, comma 4, c.p. in caso di concorso con un'ulteriore circostanza ad effetto speciale²⁰.

Alla luce di tutto quanto detto, non sembrano esservi più margini per considerare la recidiva come una mera qualifica personale del reo: la dottrina prevalente, confortata dagli indici di diritto positivo e soprattutto avvallata da una giurisprudenza granitica sul punto, si è oramai orientata nel ritenere l'istituto di cui all'art. 99 c.p. una vera e propria circostanza in senso tecnico.

3. Conseguenze in ordine alla ritenuta natura circostanziale dell'istituto

Il problema della natura giudica della recidiva, lungi dall'essere meramente teorico, porta con sé numerose conseguenze pratico-applicative: l'appurato carattere circostanziale, invero, fa sì che l'istituto debba seguire peculiari regole, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, che cercheremo di illustrare nelle pagine seguenti.

In primo luogo, la recidiva è un'aggravante soggettiva, nello specifico inerente alla persona del colpevole *ex art. 70, comma 2, c.p.*, per cui, in caso di concorso di persone, non si applica agli altri concorrenti nel reato: tale assunto trova conferma nel nuovo testo dell'art. 118 c.p., così come novellato dalla legge 7 febbraio 1990, n. 19²¹, e nella giurisprudenza immediatamente successiva alla riforma²².

²⁰ Ai sensi dell'art. 63, comma 4, c.p., «se concorrono più circostanze aggravanti tra quelle indicate nel secondo capoverso di questo articolo, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave; ma il giudice può aumentarla». Nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite, all'imputato era stata contestata la circostanza di aver commesso una rapina con armi, da più persone riunite e travisate (art. 628, comma 3, n. 1, c.p.), oltre alla recidiva reiterata: quest'ultima è stata ritenuta dalla Cassazione la più grave.

²¹ Ai sensi del novellato art. 118 c.p., «le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono».

²² Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 24 marzo 1993, n. 853, in *Cass. pen.*, 1995, p. 277, nella quale si chiarisce che «a seguito della sostituzione del testo dell'art. 118 c.p. ad opera dell'art. 3, l. 7 febbraio 1990, n. 19, al concorrente non si comunicano più le circostanze soggettive concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle relative all'imputabilità ed alla recidiva. Conseguentemente, sono ancora valutate riguardo a lui le altre circostanze soggettive indicate dall'art. 70 comma 1, n. 2 c.p., cioè quelle attinenti alle qualità personali del colpevole ed ai rapporti

Restando sempre in tema di imputazione soggettiva, si deve ritenere che la recidiva, come tutte le altre aggravanti, soggiaccia al criterio di cui all'art. 59, comma 2, c.p., ai sensi del quale, quindi, la precedente sentenza di condanna deve quantomeno essere conoscibile per il reo²³. La giurisprudenza non si è mai soffermata troppo sul punto, mentre autorevole dottrina ha sostenuto come tale conseguenza sia frutto di una precisa scelta del legislatore, che ha consapevolmente deciso di non inserire, all'interno della disposizione in esame, una disciplina derogatoria per la recidiva e l'imputabilità²⁴.

Si potrebbe persino affermare, interpretando l'istituto in un'ottica di maggiore colpevolezza per il fatto²⁵, che la sentenza irrevocabile debba svolgere il ruolo di "monito"²⁶ e, per tale ragione, sia necessaria la sua conoscenza in termini effettivi da parte del reo²⁷. Tale lettura, che disattende il disposto dell'art. 59, comma 2, c.p., sembrerebbe essere avallata anche da una recente pronuncia dei giudici di legittimità, i quali hanno chiarito come il soggetto autore del nuovo crimine debba

tra il colpevole e la persona offesa». Si veda altresì Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1993, Battuello, in *Giust. pen.*, 1993, III, c. 686; Cass. pen., Sez. VI, 26 aprile 1991, in *Cass. pen.*, 1993, p. 82.

²³ Com'è noto, la l. 7 febbraio 1990, n. 19, ha modificato il regime di imputazione soggettiva delle circostanze aggravanti, differenziandolo da quello obiettivo previsto per le attenuanti. In argomento si veda, per tutti, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1433 ss., il quale, significativamente, parla di «un'importanza storica di questo intervento legislativo».

²⁴ Così E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., p. 38, nella parte in cui chiarisce che l'assenza, nella disposizione ex art. 59 c.p., di un'esplicita deroga per le circostanze inerenti alla persona del colpevole «non può essere affatto letta come frutto di errore o dimenticanza legislativa. Di conseguenza, essa deve intendersi come espressione di una precisa *voluntas legis* diretta ad includere nel nuovo regime di imputazione personale anche la recidiva e l'imputabilità».

²⁵ Sul dibattito in merito al fondamento della recidiva si rinvia al paragrafo settimo del presente Capitolo.

²⁶ Sembra attribuire un siffatto ruolo alla precedente condanna A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., p. 253. Secondo l'Autore, «il ricordo del giudicato arricchisce l'attitudine del soggetto a comprendere il contenuto del divieto legislativo ed a conoscere il disvalore dell'azione».

²⁷ In termini non dissimili si veda la posizione di R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1700-1701, secondo il quale «è indispensabile che la precedente condanna sia conosciuta in termini effettivi dal reo, non essendo sufficiente la mera conoscibilità, anche in virtù dell'inesistenza di un dovere di conoscere le proprie condanne». Analogamente G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. (aggiornata da E. DOLCINI – G.L. GATTA), Milano, 2015, p. 574: «perché la commissione del nuovo delitto possa denotare nel caso concreto insensibilità all'ammonimento derivante dalla precedente condanna è necessario, in deroga alla disciplina generale dell'imputazione delle circostanze aggravanti, che l'agente sia a conoscenza di quella condanna».

essere «a quel momento in condizione di conoscere tutte le conseguenze penali che ne derivano e, dunque, anche le condanne a quella data irrevocabili»²⁸.

Da un punto di vista processuale, l'aggravante di cui all'art. 99 c.p. – per costante giurisprudenza – deve essere obbligatoriamente contestata dal Pubblico ministero, in ossequio al principio del contraddittorio²⁹. La soluzione offerta dalla Suprema Corte si pone in linea con quanto stabilito dalla normativa del codice di rito: l'art. 519, comma 1, c.p.p., infatti, pur prevedendo una disciplina derogatoria in ordine al diritto del termine di difesa per la contestazione suppletiva della recidiva, implicitamente conferma che a quest'ultima si applica la regola della previa contestazione³⁰.

Nell'ambito del giudizio abbreviato non condizionato, in particolare, la Cassazione ha chiarito che il Pubblico ministero non possa modificare l'imputazione con la contestazione aggiuntiva della recidiva, dal momento che l'art. 441, comma 1, c.p.p., non richiama l'art. 423 c.p.p. in tema di circostanze³¹. L'arresto è di particolare interesse, proprio perché, una volta ancora, i giudici qualificano l'istituto *ex art. 99 c.p.* come «una aggravante del reato a tutti gli effetti»³² che, come tale, deve seguire le regole sancite dall'ordinamento per tale categoria.

²⁸ Tale rilevante passaggio, che sembrerebbe derogare alla disciplina prevista dall'art. 59 c.p., è presente in Cass. pen., Sez. II, 27 settembre 2013, n. 41806, in *Riv. pen.*, 2013, p. 1244, fattispecie concernente un caso di recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

²⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit., laddove si afferma che «la recidiva opera infatti nell'ordinamento quale circostanza aggravante, che come tale deve essere obbligatoriamente contestata dal pubblico ministero in ossequio al principio del contraddittorio». Si veda, inoltre, Cass. pen., Sez. I, 26 marzo 2009, n. 16001, in *www.iusexplorer.it*, nella parte in cui stabilisce che la recidiva può determinare l'aumento di pena se contestata, «a nulla rilevando che non risulti dal certificato penale».

³⁰ Cfr., sul punto, le considerazioni di G. PIFFER, *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 dicembre 2010, p. 17, il quale fa espresso riferimento alla normativa processuale di cui agli artt. 516 ss. c.p.p.: l'art. 519, comma 1, del codice di rito, in particolare, sancisce la possibilità per l'imputato di chiedere un termine per la difesa «salvo che la contestazione abbia per oggetto la recidiva».

³¹ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 13117, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1852. Nella sentenza si legge espressamente che «nel corso di un giudizio abbreviato non subordinato ad integrazione probatoria, non è applicabile la disposizione di cui all'art. 423 c.p.p. in tema di modifica dell'imputazione, sicché il riconoscimento di una circostanza aggravante che non avrebbe potuto essere oggetto di una contestazione suppletiva determina la nullità della sentenza pronunciata all'esito di tale giudizio».

³² Cass. pen., Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 13117, cit.

Sempre in tema di contestazione, quest'ultima deve essere anche specifica e non generica, posto che alle diverse forme dell'aggravante conseguono distinti effetti sanzionatori: basti qui pensare al "doppio binario", ben più afflittivo, previsto per i recidivi reiterati. Ebbene, il giudice non può ravvisare una forma di recidiva più grave rispetto a quella contestata, pena violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, sancito dall'art. 521 del codice di rito³³.

Per ciò che concerne l'indefettibile presupposto del precedente giudicato, si rendono necessarie alcune precisazioni. Tale è considerato anche il decreto penale *ex artt. 459 ss. c.p.p.*³⁴ nonché la pronuncia di patteggiamento, che, secondo l'art. 445, comma 1 *bis*, del codice di rito è espressamente «equiparata a una sentenza di condanna»³⁵, mentre non rileva la sentenza di proscioglimento, neppure se si applica il perdono giudiziale³⁶.

Ai sensi dell'art. 106 c.p., inoltre, il legislatore del 1930 ha specificato che il giudice debba tener conto, ai fini della recidiva, di tutte quelle condanne per le quali

³³ Cfr. Cass. pen., Sez. III, 20 gennaio 2010, n. 5849, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. II, 7 luglio 2009, n. 37523, *ivi*, nella parte in cui afferma che «costituisce violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza l'affermazione, in sentenza, della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma quarto, cod. proc. pen., con il conseguente divieto di comparazione con le circostanze attenuanti, a fronte della contestazione soltanto della recidiva di cui all'art. 99, comma secondo, cod. proc. pen.». Una delle prime sentenze nelle quali è enunciato in modo chiaro tale principio è Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 1996, n. 5335, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2075: «la necessità di contestazione puntuale dei singoli tipi di recidiva sussiste tutte le volte che il giudice, con riferimento alla medesima, debba praticare un correlativo aumento della pena e comunque in ogni ipotesi in cui dalla sussistenza di una determinata ipotesi di recidiva debba derivare all'imputato uno svantaggio giuridicamente apprezzabile. Invero, essendo la recidiva una circostanza aggravante del reato, essa non può produrre l'effetto dell'inasprimento della pena se non quando risulti contestato il correlativo tipo».

³⁴ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2006, n. 40302, in *www.iusexplorer.it*, la quale chiarisce come anche le condanne riportate a seguito di procedimento per decreto rilevino ai fini della recidiva. Nella pronuncia si legge che «l'art. 99 c.p. richiede solo che vi sia stata una statuizione di condanna, non anche che questa consegua solo ad un giudizio ordinario, anziché ad un giudizio svolto nelle forme di procedimento speciale».

³⁵ Anche i giudici di legittimità hanno ribadito il medesimo concetto, affermando che «la condanna a pena patteggiata costituisce precedente idoneo a determinare aumenti a titolo di recidiva, giacché l'ultimo periodo del comma 1 *bis* dell'art. 445 c.p.p. stabilisce che salve diverse disposizioni di legge, la sentenza di patteggiamento è equiparata ad una pronuncia di condanna» (cfr. Cass. pen., Sez. II, 4 novembre 2008, n. 90, in *Guida dir.*, 2009, 11, p. 66).

³⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 28 settembre 2012, n. 41231, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3992, nella quale si chiarisce come «la concessione del perdono giudiziale, pur presupponendo un accertamento della colpevolezza dell'imputato, si sostanzia nella rinuncia da parte dello Stato alla condanna che avrebbe meritato per il reato commesso e ne determina il proscioglimento, cosicché non può valere come sentenza di condanna agli effetti della recidiva». Nello stesso senso, si veda la più recente Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2015, n. 2655, in *www.iusexplorer.it*.

sia intervenuta una causa di estinzione del reato o della pena – come l’indulto³⁷, la sospensione condizionale³⁸ e l’amnistia impropria³⁹ – salvo che questa estingua anche gli effetti penali.

Rientrano in quest’ultima categoria la riabilitazione *ex art.* 178 c.p., le sentenze seguite da dichiarazione di illegittimità costituzionale e alcune specifiche cause estintive del reato, previste nella parte speciale: si pensi alla nullità del primo matrimonio o all’annullamento di quello contratto successivamente dal bigamo per causa diversa dalla bigamia⁴⁰.

Secondo le Sezioni Unite, che si sono recentemente espresse sul punto, non si tiene conto neppure della condanna estinta in seguito all’esito positivo dell’affidamento in prova a servizio sociale⁴¹.

Per giungere a tale soluzione, evidentemente ispirata a logiche di prevenzione speciale, il Supremo collegio ha valorizzato *in primis* il dato normativo, dal momento che il nuovo art. 47, comma 12, ord. pen. parla di estinzione della pena detentiva e di ogni altro effetto penale⁴². Nella motivazione, inoltre, viene data

³⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 30 settembre 1996, n. 516, in *www.iusexplorer.it*: «l’indulto, se estingue la pena e ne fa cessare l’esecuzione, non ha tuttavia efficacia ablativa rispetto agli altri effetti scaturenti dalla sentenza di condanna, tra i quali va compresa la recidiva. Ne consegue che quest’ultima può essere contestata anche in relazione ai reati la cui pena, inflitta con precedenti sentenze definitive, sia stata condonata». Più recentemente si veda Cass. pen., Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, in *www.iusexplorer.it*.

³⁸ Si veda Cass. pen., Sez. III, 26 marzo 2015, n. 28746, in *www.iusexplorer.it*, nella parte in cui afferma che «l’estinzione del reato a seguito della sospensione condizionale della pena non elimina gli effetti penali della condanna, della quale deve, pertanto, tenersi conto ai fini della recidiva»; Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 45351, in *www.iusexplorer.it*.

³⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 1989, Sanzone, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2013: «in tema di recidiva, spiegano effetto le condanne per i reati rispetto ai quali vi sia stata applicazione di amnistia impropria perché quest’ultima fa cessare l’esecuzione della condanna e delle pene accessorie, ma non gli effetti penali della medesima».

⁴⁰ L’art. 556, comma 3, c.p., infatti, prevede che in tali casi «il reato è estinto, anche rispetto a coloro che sono concorsi nel reato, e, se vi è stata condanna, ne cessano l’esecuzione e gli effetti penali».

⁴¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 5859, in *Proc. pen. giust.*, 2012, fasc. 4, p. 58 ss., con nota di S. CIAMPI, *L’affidamento in prova, la recidiva e le tessere mancanti nel mosaico delle Sezioni Unite*. Nel dispositivo si legge che «l’estinzione di ogni effetto penale prevista dall’art. 47, comma 12, ord. pen., in conseguenza dell’esito positivo dell’affidamento in prova al servizio sociale, comporta, a mente dell’art. 106, comma 2, c.p., che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».

⁴² Si riporta, per comodità, il testo dell’art. 47, comma 12, ord. pen., così come modificato dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito nella l. 21 febbraio 2006, n. 49: «L’esito positivo del periodo di prova estingue la pena detentiva ed ogni altro effetto penale. Il tribunale di sorveglianza, qualora

grande rilevanza al «comportamento virtuoso del condannato»⁴³, il quale, ha dimostrato così di essere recuperato e presumibilmente non ricadrà più nel reato, per cui è opportuna la neutralizzazione di tutti gli effetti negativi della condanna.

Il discorso diviene più complesso quando ci si occupa delle condanne seguite da *abolitio criminis*: l'art. 2, comma 2, c.p., invero, stabilisce la regola generale, ai sensi della quale, nel momento in cui un fatto non costituisce più reato, devono cessare sia l'esecuzione sia – per quello che qui ci interessa – gli effetti penali.

Tuttavia, nonostante la chiara lettera della legge, un discutibile arresto della Cassazione ha sancito un principio di diritto diametralmente opposto, sull'assunto che la norma successiva non può in alcun modo «intaccare l'ormai acquisito *status personale*»⁴⁴ del recidivo.

4. Dalla “recidiva internazionale” alla “recidiva europea”: una figura in via di evoluzione

Per completare la trattazione in merito all'elemento della precedente sentenza irrevocabile, è necessario chiedersi se tale requisito possa essere integrato anche da una pronuncia di condanna emessa in uno Stato diverso da quello italiano.

Tradizionalmente, la risposta affermativa al quesito deriva dal disposto dell'art. 12, comma 1, n. 1, c.p., che prevede in modo espresso la possibilità di riconoscere un provvedimento straniero «per stabilire la recidiva o un altro effetto penale» attraverso il meccanismo stabilito dagli artt. 730 ss. del codice di rito⁴⁵. Al termine di tale procedimento di *exequatur*, si giunge alla “recidiva internazionale”,

l'interessato si trovi in disagiate condizioni economiche, può dichiarare estinta anche la pena pecuniaria che non sia stata già riscossa».

⁴³ Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 5859, cit.

⁴⁴ Così Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2013, n. 35260, in *Cass. pen.*, 2014, p. 1700. I giudici di legittimità hanno considerato quindi la recidiva non come un'aggravante in senso tecnico bensì come uno *status personale* del reo, giungendo ad affermare che «ai fini del riconoscimento della recidiva è irrilevante che il reato pregiudicante sia stato oggetto di *abolitio criminis*».

⁴⁵ In giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. II, Cantieri, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 574, in merito all'interesse al riconoscimento di una sentenza penale straniera ai fini della recidiva.

i cui effetti derivano non tanto dal titolo di condanna straniero, ma da un vero e proprio provvedimento domestico, ottenuto a seguito di novazione: prima del riconoscimento, infatti, la sentenza straniera non ha alcun valore.

Negli ultimi anni, invece, si è cercato di sviluppare maggiormente la cooperazione giudiziaria all'interno dell'Unione europea, favorendo la circolazione delle sentenze emesse in un qualsiasi Stato membro, anche senza il previo riconoscimento formale⁴⁶.

Un primo passo è stato fatto, quantomeno in un settore specifico, con la decisione quadro del Consiglio del 6 dicembre 2001⁴⁷ che – nell'ottica del rafforzamento della lotta contro le falsificazioni di monete in relazione all'introduzione dell'euro – ha previsto che ciascuno Stato membro ammettesse «il principio della recidiva alle condizioni esistenti nella sua legislazione nazionale» e riconoscesse «quali generatrici di siffatta recidiva le sentenze di condanna definitive pronunciate in un altro Stato membro» per uno dei reati previsti nella decisione quadro⁴⁸.

Nell'ambito di una pianificazione più generale, il Consiglio ha poi adottato il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali⁴⁹, nel quale si accordava un alto grado di priorità alla misura

⁴⁶ In generale, sulla cooperazione finalizzata alla circolazione dei precedenti penali, si vedano D. NEGRI, *La circolazione del "curriculum criminale" tra i procedimenti penali*, in R.E. KOSTORIS – R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, in particolare pp. 319-324; N. PLASTINA – G. IUZZOLINO, *Casellario giudiziale, via al modello Ue. Agevolato lo scambio di dati fra Stati*, in *D&G*, 2006, 1, p. 102 ss.

⁴⁷ Decisione quadro del Consiglio del 6 dicembre 2001 che modifica la decisione quadro 2000/383/GAI relativa al rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro (2001/888/GAI), in *Gazz. uff. Ue*, 14 dicembre 2001, n. L 329/3. Si sofferma su tale atto normativo, senza dubbio assai innovativo in tema di recidiva, D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009, p. 224.

⁴⁸ Cfr. art. 1 decisione quadro 2001/888/GAI, che ha inserito l'art. 9 *bis* all'interno della decisione quadro 2000/383/GAI. Si sofferma sul punto G.M. ARMONE, *La falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 139 ss., il quale dapprima elenca le figure di reato contemplate nell'atto europeo (pp. 140-141) e in seguito evidenzia come «i membri dell'Unione si concedono reciproca fiducia e si impegnano a riconoscere le decisioni adottate in un altro Stato in materia di falso nummario, sia pure ai limitati fini della recidiva» (p. 146).

⁴⁹ Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali (2001/C12/02) del 29 novembre 2000, in *Gazz. uff. Ce*, 15 gennaio 2001, n. C 12/10.

n. 2, concernente la «adozione di uno o più strumenti volti ad introdurre il principio secondo cui il giudice di uno Stato membro deve essere in grado di tener conto delle decisioni penali definitive rese negli altri Stati membri per valutare i precedenti penali del delinquente, prendere in considerazione la recidiva e determinare la natura delle pene e le modalità di esecuzione applicabili»⁵⁰.

I principi ivi esposti sono stati ripresi ed ampliati successivamente nel Libro verde della Commissione europea sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali del 2004⁵¹, per confluire alla fine nella decisione quadro 2008/675/GAI⁵², l'atto dove si inizia a delineare, per la prima volta, la nozione di «recidiva europea»⁵³.

Il testo normativo da ultimo citato si poggia sul principio di assimilazione, per cui gli Stati membri sono obbligati, reciprocamente, a riconoscere alle decisioni definitive, iscritte nei casellari degli altri Paesi membri, gli stessi effetti che produrrebbe una sentenza domestica, senza tuttavia giungere a una armonizzazione di tali effetti⁵⁴. Detto altrimenti, le condanne devono essere «prese in considerazione» come se fossero state pronunciate dai giudici nazionali e devono

⁵⁰ Per una più approfondita analisi di tale programma di misure si vedano M. GIALUZ, *Il casellario giudiziario europeo: una frontiera dell'integrazione in materia penale*, in F. PERONI – M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, in particolare pp. 193-197; G. DI PAOLO, *La circolazione dei dati personali e del casellario giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 4038-4039.

⁵¹ Libro verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea COM(2004)334 definitivo del 30 aprile 2004, il cui punto 4.1.1.5 è dedicato proprio alla recidiva. L'obiettivo della Commissione europea è quello di assegnare il medesimo valore alle sentenze di condanna emesse negli Stati membri per gli stessi reati: infatti, «se una decisione nazionale equivalente costituisce il primo elemento della recidiva penale, la decisione dell'altro Stato membro deve anche essere considerata tale».

⁵² Decisione quadro 2008/675/GAI del Consiglio del 24 luglio 2008 relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale, in *Gazz. uff. Ue*, 15 agosto 2008, n. L 220/32.

⁵³ Utilizza tale significativa terminologia G. IUZZOLINO, *La recidiva europea. Il valore dei precedenti penali negli Stati membri*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2014, p. 667 ss. La medesima espressione la si ritrova anche in D. FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, cit., p. 224, il quale parla di «*récidive européenne*».

⁵⁴ Secondo G. IUZZOLINO, *La recidiva europea. Il valore dei precedenti penali negli Stati membri*, cit., p. 670, il principio di assimilazione ha un «valore categoriale e non contenutistico»: ciò significa che i precedenti penali iscritti nel casellario di un altro Stato membro devono essere presi in considerazione solamente nei casi e nei limiti in cui, secondo il diritto dello Stato, lo sono i precedenti penali nazionali.

poter esplicitare «effetti giuridici equivalenti» a quelli che l'ordinamento attribuisce alle precedenti condanne interne⁵⁵.

L'utilizzo della tecnica della "assimilazione senza armonizzazione"⁵⁶ fa in modo che i presupposti della recidiva continuino a essere disciplinati diversamente da Stato a Stato: da ciò discende che la sentenza straniera potrà essere presa in considerazione nel corso del nuovo procedimento solo qualora costituisca elemento costitutivo della recidiva, in base al diritto nazionale (in Italia, quindi, una condanna per un precedente delitto non colposo).

La decisione quadro è stata recentemente attuata in Italia, con un significativo ritardo rispetto ai termini previsti per recepirla⁵⁷, a causa del quale lo Stato ha ricevuto un *pre-alert* da parte della Commissione europea⁵⁸. Ad ogni modo e a prescindere dalle croniche lungaggini dei procedimenti attuativi nazionali, il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 73⁵⁹, non si è discostato molto criteri stabiliti in sede

⁵⁵ Cfr. art. 3, par. 1, decisione quadro 2008/675/GAI.

⁵⁶ Si vedano, sul punto, le lucide affermazioni di P.P. PAULESU, *Profili esecutivi*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, II ed., Milano, 2015, pp. 450-451, il quale sostiene che la decisione quadro si ponga come obiettivo quello di assimilare gli effetti della condanna "straniera", mentre non voglia armonizzare o ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in ordine agli effetti delle condanne.

⁵⁷ L'art. 5, par. 1, decisione quadro 2008/675/GAI aveva previsto come scadenza per il recepimento la data del 15 agosto 2010, mentre il d.lgs. nazionale di attuazione è entrato in vigore solamente il 4 giugno 2016.

⁵⁸ Cfr. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione negli Stati membri della decisione quadro 2008/675/GAI, del 24 luglio 2008, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale COM(2014) 312, Bruxelles, 2 giugno 2014, in www.eur-lex.europa.eu. Nel testo, la Commissione sottolinea come «l'attuazione tardiva è deplorabile in quanto la decisione quadro ha il potenziale di aumentare l'amministrazione efficiente della giustizia penale mettendo in atto strumenti giuridici intesi a valutare i precedenti penali dell'autore del reato e, di conseguenza, proteggere le vittime» (p. 12). Si sofferma dettagliatamente su tale *pre-alert* N. CANESTRINI, *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedura di infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, in particolare pp. 4206-4210.

⁵⁹ D.lgs. 12 maggio 2016, n. 73, recante "Attuazione della decisione quadro 2008/675/GAI, relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale", in *Gazz. uff.*, 20 maggio 2016, n. 117. Analizzano tale provvedimento normativo R. TROISI, *La considerazione dei precedenti penali "europei" nell'ordinamento interno*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1159 ss.; A. CISTERNA, *Uno spazio giuridico comune impone adeguamenti*, in *Guida dir.*, 2016, 33, p. 59 ss. Per un quadro completo dei tre recenti decreti legislativi rilasciati dal Governo per attuare le tre decisioni quadro dell'Unione in materia di circolazione dei precedenti penali si veda G. DI PAOLO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Ue: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, in particolare pp. 3025-3027; A.A. SAMMARCO,

europea, anzi si può tranquillamente affermare che si sia «circoscritto a meri adempimenti formali»⁶⁰.

L'intervento normativo stabilisce dunque la piena equiparazione, anche in assenza di riconoscimento, tra la decisione emessa in un altro Stato dell'Unione per un fatto diverso da quello per il quale procede l'autorità giudiziaria italiana e la decisione nazionale, con il solo limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. La valutazione del provvedimento straniero rileva in particolar modo «per stabilire la recidiva o un altro effetto penale, ovvero per dichiarare l'abitudine o la professionalità nel reato o la tendenza a delinquere»⁶¹.

Al momento, è troppo presto per poter dare un giudizio in merito all'effettività – e forse, alle criticità – di tale meccanismo di cooperazione europea: solo la prassi che si svilupperà nelle aule giudiziarie potrà dare una risposta in un senso o nell'altro, tuttavia una considerazione è opportuna.

La scelta del legislatore italiano di subordinare l'assimilazione al requisito della conformità delle condanne straniere ai principi generali dell'ordinamento non convince: sembra evocare, infatti, un controllo diffuso ad opera del singolo magistrato, con il serio rischio che tale vaglio discrezionale sfoci in esiti alquanto differenti tra un caso e l'altro, frustrando, inoltre, la regola del mutuo riconoscimento, vero cardine della decisione quadro⁶².

Al di là delle suesposte perplessità, non possiamo che accogliere con favore tale innovativo meccanismo di cooperazione giudiziaria. In uno scenario come quello odierno, nel quale i delinquenti possono muoversi con relativa facilità all'interno del territorio dell'Unione, la “recidiva europea” rappresenta invero un

L'introduzione del casellario giudiziale europeo nel processo penale italiano, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1165-1170.

⁶⁰ È questa l'idea di A. CISTERNA, *Uno spazio giuridico comune impone adeguamenti*, cit., p. 59, il quale sostiene, in maniera critica, che tale decreto non apporti nulla «al gradiente di effettività delle garanzie processuali».

⁶¹ Cfr. art. 3, comma 1, d.lgs. 12 maggio 2016, n. 73.

⁶² Secondo R. TROISI, *La considerazione dei precedenti penali “europei” nell'ordinamento interno*, cit., p. 1163, tale ultima clausola non è «in piena sintonia con le direttive dell'Unione europea» poiché «va sicuramente a limitare il principio del mutuo riconoscimento, in quanto [...] richiede un controllo sulla conformità delle condanne europee». Esprimono serie criticità anche L. MAZZANTI – L. LORETTI, *Recidiva*, in *www.ilpenalista.it*, 26 luglio 2016, secondo i quali tale meccanismo determina una discrezionalità troppo ampia in capo al giudice ai fini dell'applicazione della recidiva.

serio tentativo di arginare la criminalità transnazionale nonché – come si legge nella Relazione illustrativa al d.lgs. 73/2016 – «un importante strumento di contrasto nei confronti dei soggetti recidivi»⁶³.

5. Recidiva, regime di procedibilità e determinazione della pena al fine dell'applicazione delle misure cautelari

Dopo la parentesi internazionale ed europea, dobbiamo tornare a occuparci delle problematiche “interne” del sistema, a partire dalla controversa e discussa tematica del mutamento del regime di procedibilità qualora sia presente la recidiva.

Il caso paradigmatico è senza dubbio quello del delitto di truffa, in seguito alla modifica avvenuta con la legge di depenalizzazione del 1981⁶⁴. Il nuovo terzo comma dell'art. 640 c.p., infatti, nell'ottica di una deflazione procedimentale⁶⁵, ha introdotto la procedibilità a querela per la fattispecie in esame, salvi i casi in cui ricorra «taluna delle circostanze previste dal capoverso precedente o un'altra circostanza aggravante».

L'inciso da ultimo menzionato ha dato luogo a un rilevante contrasto in giurisprudenza, nella parte in cui ci si è chiesti se, tra le circostanze rilevanti, fosse da considerarsi anche la recidiva.

Un primo filone interpretativo, sorto negli anni immediatamente successivi alla riforma, si è assestato nell'affermare la natura circostanziale dell'istituto *ex art.*

⁶³ Cfr. *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante l'attuazione della decisione quadro 2008/675/GAI*, in *www.governo.it*, p. 2.

⁶⁴ Per un'analisi delle modifiche introdotte al delitto di truffa con la l. 24 novembre 1981, n. 689, si veda G. CARBONI, *Commento all'art. 98 della l. 24/11/1981 n. 689*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 405 ss., il quale sottolinea come l'estensione della perseguibilità a querela alla truffa non aggravata ripropone l'esigenza di accertare a chi debba essere riconosciuta la titolarità del diritto di querela a proposito di tale reato.

⁶⁵ La *ratio* deflattiva di tale provvedimento legislativo è stata messa in luce anche dai giudici di Palazzo della Consulta, i quali hanno chiarito «che nelle scelte operate con la legge n. 689 del 1981, accanto alla ritenuta non rilevante gravità degli illeciti per i quali si è introdotto il regime per la perseguibilità a querela, ha avuto rilievo decisivo la finalità di conseguire, anche per questa via, una significativa deflazione dei carichi giudiziari, strumento necessario - pur se non certo unico - per avviare a soluzione il prioritario problema costituito dall'intollerabile lentezza della giustizia penale» (Corte cost., ord. 28 luglio 1987, n. 294, in *Giur. cost.*, 1987, p. 2294).

99 c.p. e il conseguente riflesso sul regime di procedibilità previsto per il reato di truffa⁶⁶.

La recidiva – viene precisato dai giudici di legittimità – è caratterizzata da una duplice e peculiare fisionomia: «da un lato inerisce allo stato soggettivo dell'imputato, la cui pregressa attività delittuosa è rivelatrice della sua predisposizione alla ricaduta nel reato; per altro verso, ha funzione di circostanza aggravante del reato, che deve essere presa in considerazione ad ogni effetto penalistico, una volta dichiarata dal giudice di merito»⁶⁷. L'ultima affermazione rappresenta il necessario corollario della qualificazione della recidiva come aggravante, che, «come tale, riceve un trattamento giuridico del tutto identico a quello previsto per le circostanze aggravanti»⁶⁸.

Il contrapposto e maggioritario indirizzo giurisprudenziale, invece, ritiene la recidiva ininfluyente sul regime di procedibilità del delitto di truffa.

Per giungere a un siffatto esito, in realtà, la Suprema Corte non affronta la tematica inerente la natura dell'istituto, quanto piuttosto si sofferma sull'effettiva portata del novellato terzo comma dell'art. 640 c.p. Il generico rinvio previsto dalla disposizione citata, infatti, non deve essere considerato come tassativo e vincolante, bensì come mero riferimento a una variegata tipologia di elementi, a loro volta ulteriormente selezionabili sulla scorta della funzionalità del richiamo originario⁶⁹.

Così, le circostanze in grado di rendere procedibili d'ufficio la truffa sarebbero solamente quelle «che ineriscono direttamente al fatto-reato, aumentandone la gravità e rendendone perciò opportuno il sottrarne la

⁶⁶ Si vedano, tra le tante, Cass. pen., Sez. VI, 1 febbraio 1983, Pivari, in *Giust. pen.*, 1983, III, c. 692, nella quale i giudici di legittimità chiariscono come «la recidiva costituisce circostanza aggravante e perciò il delitto di truffa aggravata dalla recidiva è perseguibile d'ufficio e non a querela di parte, secondo il nuovo testo della norma»; Cass. pen., Sez. II, 13 ottobre 1983, Messina, in *Giur. it.*, 1985, II, c. 133; Cass. pen., Sez. II, 26 gennaio 1984, Artico, in *Giust. pen.*, 1985, II, c. 434; Cass. pen., sez. V, 8 giugno 1984, Di Pasquale, *ivi*, 1985, II, c. 458.

⁶⁷ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 1 febbraio 1983, Pivari, cit.

⁶⁸ Cass. pen., sez. V, 8 giugno 1984, Di Pasquale, cit.

⁶⁹ Seguono tale interpretazione Cass. pen., Sez. II, 25 novembre 1983, Cortellini, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1385, laddove si afferma che «la recidiva deve considerarsi una circostanza particolare, inerente alla personalità dell'imputato che, anche se influisce sulla misura della pena ed è soggetta a giudizio eventuale di comparazione con le altre circostanze, tuttavia non può ritenersi circostanza accessoria del reato che comporti la procedibilità d'ufficio»; Cass. pen., Sez. V, 5 giugno 1984, Pannone, *ivi*, 1985, p. 1386; Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1983, Battuello, in *Giust. pen.*, 1983, III, c. 686.

perseguibilità pensale al potere dispositivo della parte offesa»⁷⁰. Per tali ragioni, verrebbero senza dubbio escluse le circostanze inerenti alla persona del colpevole, come la recidiva e l'imputabilità, che evidentemente non incidono sulla natura e sulla gravità dell'illecito.

L'interpretazione "elastica" dell'art. 640 c.p. è stata avallata persino dalle Sezioni Unite che, con una discutibile sentenza, pronunciata alla fine degli anni Ottanta, hanno chiarito come «la truffa commessa dal recidivo non è perseguibile d'ufficio»⁷¹. A lasciare perplessi non è tanto la conclusione cui giunge il Supremo collegio nella sua composizione più autorevole, ma soprattutto il percorso argomentativo, laddove viene affermato che la recidiva è «una circostanza aggravante *sui generis*»⁷², la quale rileva esclusivamente nella misura della pena.

La soluzione offerta dalle Sezioni Unite non può essere condivisa.

È ben vero che, da sempre, la recidiva è un istituto molto difficile da collocare dogmaticamente, tuttavia, una volta appurata la chiara *voluntas legis* in ordine alla natura di circostanza, è inevitabile che la stessa debba seguire tutte le regole – sostanziali, processuali e penitenziarie – previste dall'ordinamento penale per tale categoria⁷³. Così, qualora il giudice ritenga esistente nel caso concreto l'aggravante, quest'ultima non può limitarsi ad incidere sulla sola quantità della sanzione, ma giocoforza si deve estendere a tutti gli ulteriori effetti previsti dalla legge.

⁷⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 28 aprile 1983, Battuello, cit.

⁷¹ Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, Paolini, in Foro it., 1987, II, c. 633, con nota di A. MELCHIONDA, *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*. In tale pronuncia, la Cassazione sottolinea, inoltre, come la *ratio* del particolare regime di procedibilità prescelto dal legislatore per il delitto di truffa deve essere ricercata nella rilevanza degli aspetti civilistici sottesi al reato, i quali, però, in presenza di aggravanti, non possono prevalere sugli interessi pubblici.

⁷² Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, Paolini, cit. Condivide l'esito cui giunge il Supremo collegio E. DINACCI, *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in Giust. pen., II, 1988, cc. 66-67. Per l'Autrice, la recidiva «non solo è sottratta al giudizio di bilanciamento, influenzando sulla pena già determinata in base al fatto circostanziato, ma non ha rilievo sul computo della prescrizione o, per quel che più importa, sulla procedibilità d'ufficio». Secondo A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., p. 93, la decisione del Supremo Collegio è corretta, dal momento che risulta «incompatibile» collegare il regime di procedibilità all'accertamento, già in *limine litis*, dell'aggravante della recidiva, che, al contrario, richiede una «analisi globale del fatto concreto e soprattutto della personalità del soggetto agente».

⁷³ Condividiamo quanto affermato da P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit., p. 365, secondo il quale «appare indubitabile che se, almeno per certi versi di gran rilievo, per il legislatore la recidiva è una circostanza, essa deve seguire le regole delle circostanze in senso tecnico e non porsi al di fuori di esse».

Nel caso in cui, invece, il giudice non applichi la contestata recidiva, perché non significativa dal punto di vista di una maggiore colpevolezza o di una più intensa pericolosità sociale, verrebbe meno anche la procedibilità d'ufficio con la conseguenza che – in assenza di querela – si dovrebbe emettere una pronuncia *ex art. 129 c.p.p.* per mancanza di una condizione di procedibilità, qual è per l'appunto la querela⁷⁴.

Quanto sostenuto è stato di recente confermato da una nuova pronuncia delle Sezioni Unite, che non si sono limitate a delineare i contorni e la natura della recidiva alla luce dei valori enunciati dalla Carta costituzionale, ma in un passaggio motivazionale hanno affrontato espressamente la tematica della procedibilità del reato *ex art. 640 c.p.*

Secondo il coerente ragionamento dei giudici di legittimità, «può dirsi definitivamente superato l'orientamento interpretativo espresso da una precedente decisione di queste Sezioni Unite (Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, dep. 16/03/1987, Paolini, Rv. 175354), che, pronunciandosi in tema di procedibilità d'ufficio del delitto di truffa, aveva qualificato la recidiva come circostanza aggravante *sui generis*. [...] Essa, infatti, dilatando il richiamo alla personalità dell'agente oltre i limiti di immediata e diretta rilevanza per la valutazione dello specifico episodio criminoso, mal si concilia con un diritto penale del fatto, rispettoso del principio di colpevolezza»⁷⁵.

Il principio di diritto stabilito valorizza anche – dal diverso punto di vista sociologico – le peculiari caratteristiche dell'attività truffaldina che, per sua natura, si presta alla ripetizione e si caratterizza per una spiccata componente di professionalità e di affinamento delle tecniche criminose.

Orbene, in tale ottica, è evidente l'interesse dell'ordinamento a perseguire penalmente il truffatore recidivo anche al di fuori della volontà della vittima. Si pensi al frequente caso di quei soggetti, plurirecidivi, che pongono in essere truffe seriali – numerose, ma di modesto valore – che non vengono perseguite proprio

⁷⁴ Cfr., sul punto, ancora P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit., p. 366, che definisce l'art. 129 del codice di rito «norma fondamentale e certamente non eludibile».

⁷⁵ Efficace passaggio della motivazione di Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, cit.

perché le persone offese non hanno un concreto interesse a proporre querela, visto il lieve danno patrimoniale individualmente patito.

Giova tuttavia osservare come, nonostante la decisa presa di posizione del Supremo collegio, negli ultimi anni alcune sentenze si sono riallineate di nuovo al precedente orientamento, escludendo la recidiva dal novero delle aggravanti in grado di influire sul regime di procedibilità della truffa⁷⁶ e anche dell'affine fattispecie di frode informatica⁷⁷.

Passando ora all'analisi dell'ulteriore e diverso problema del rapporto tra recidiva e determinazione della pena al fine dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari, dobbiamo premettere che il contrasto interpretativo è sorto a causa di una disposizione del codice di rito.

L'art. 278 c.p.p., infatti, nel delineare la regola generale per il calcolo della sanzione, dapprima sancisce in modo cristallino che «non si tiene conto della recidiva», mentre poi, nello stesso comma, prevede la rilevanza di tutte le «circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale».

Se è ormai appurato – come precisato dai giudici di legittimità – che la recidiva reiterata è considerata una circostanza ad effetto speciale che comporta l'aumento di oltre un terzo della pena base⁷⁸, ecco che si capisce allora come la norma in esame stabilisca simultaneamente due regole di segno opposto per l'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

⁷⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 17 giugno 2014, n. 26029, in *Riv. pen.*, 2015, p. 895, con nota critica di G.L. FANULI, *Recidiva e perseguibilità a querela della truffa. La Cassazione torna all'indirizzo "tradizionale" della circostanza aggravante "sui generis"*, il quale non condivide affatto la riemersione del precedente indirizzo giurisprudenziale in merito all'art. 640, comma 3, c.p., poiché sarebbe smentito «da una corretta interpretazione letterale e sistematica» (p. 898).

⁷⁷ Analogamente al delitto di truffa, infatti, il comma quarto dell'art. 640 *ter* c.p. sancisce la punibilità della frode informatica a querela della persona offesa, «salvo che ricorra taluna delle circostanze di cui al secondo e terzo comma o un'altra circostanza aggravante». Secondo una recente pronuncia dei giudici di legittimità, anche in tale caso non si può ritenere che la recidiva rientri tra le aggravanti che rendono perseguibile d'ufficio il reato di frode informatica, «in quanto essa inerisce esclusivamente alla persona del colpevole e non incide sul fatto reato, sulla sua natura e sulla gravità oggettiva» (Cass. pen., Sez. II, 3 maggio 2016, n. 18311, in *www.iusexplorer.it*).

⁷⁸ Cfr. la già citata Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 20798, la quale chiarisce espressamente come «la recidiva che determina un aumento di pena superiore ad un terzo è una circostanza aggravante ad effetto speciale».

Alla luce di tali premesse, non stupisce che siano dovute intervenire le Sezioni Unite per fornire una corretta soluzione al problema⁷⁹. Nell'articolata motivazione, dapprima vengono evidenziati i due opposti filoni interpretativi⁸⁰ e, in seguito, vengono esposte le ragioni che militano in favore dell'esclusione della recidiva qualificata dal computo della pena nell'ambito delle misure cautelari.

A detta del Supremo collegio, nella sua composizione più autorevole, «il dato testuale della formulazione dell'art. 278 c.p.p. non lascia spazio a dubbi di sorta»⁸¹. La prima parte della norma, infatti, stabilisce – in via generale – che non si debba tenere conto della recidiva, mentre nella seconda parte dell'articolo vengono elencate alcune eccezioni che, secondo quanto disposto dall'art. 14 delle Preleggi, devono essere interpretate restrittivamente, per cui si riferiscono alle sole circostanze diverse dalla recidiva, semplice o qualificata, la quale è disciplinata in modo espresso dalla parte generale dello stesso articolo⁸².

A ciò si aggiunga che la varie ipotesi di recidiva qualificata non rappresentano autonome tipologie svincolate dalla figura semplice, bensì mere specificazioni della stessa, dalla quale si distinguono solamente per le differenti conseguenze sanzionatorie e per gli altri effetti indicati dalla legge: di talché, la previsione di esclusione di cui all'art. 278 c.p.p. non può che riguardare ogni tipo di recidiva, sia o no inquadrabile nella categoria delle circostanze a effetto speciale.

⁷⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 17386, in *Foro it.*, 2011, II, c. 389, con nota di G. SILVESTRI, *Osservazioni a Cass. S.U. 24 febbraio 2011, n. 17386*. Sul medesimo arresto si veda il commento di G. ROMEO, *La recidiva qualificata non incide sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 maggio 2011.

⁸⁰ Secondo Cass. pen., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 29142, in *www.iusexplorer.it*, «a norma dell'art. 278 c.p.p., ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari si deve aver riguardo alla pena massima prevista per ciascun reato, delle circostanze aggravanti e della recidiva nel caso previsto dall'art. 99, comma 4, c.p.». Per contro, si veda Cass. pen., Sez. VI, 15 aprile 2009, n. 21546, in *www.iusexplorer.it*, secondo la quale «l'art. 278 c.p.p., invocato dal ricorrente, dispone che, agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari personali, non si deve tener conto della recidiva».

⁸¹ Cass. pen., Sez. Un., 24 febbraio 2011, n. 17386, cit.

⁸² Condivide la soluzione adottata dalla Cassazione G. ROMEO, *La recidiva qualificata non incide sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari*, cit., secondo il quale, una volta esclusa la recidiva dal calcolo della pena per l'applicazione delle misure cautelari, volerne fare rilevare l'operatività *sub specie* della sua riconducibilità al novero delle aggravanti ad effetto speciale, sia pure nei soli casi di recidiva qualificata, «equivarrebbe a far rientrare dalla finestra quel che si è cacciato dalla porta».

La lettura offerta dai giudici di legittimità è pienamente condivisibile, perché privilegia, oltre agli argomenti letterali, il fondamentale principio del *favor rei*, che opera in materia cautelare: se si fosse optato per l'opposta tesi, infatti, si avrebbe corso il rischio di dare peso, in una fase così anticipata del procedimento, a una circostanza che, all'esito del giudizio di merito, avrebbe potrebbe essere esclusa, con un inaccettabile *vulnus* per la libertà personale.

Parimenti, con riferimento all'arresto facoltativo in flagranza, oggetto di specifico esame da parte della Suprema Corte nel caso *de quo*⁸³, riconoscere valenza alla recidiva reiterata ai fini del computo della pena edittale avrebbe comportato l'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di reputare sussistente un'aggravante che – tenuto conto proprio della natura discrezionale della stessa – solo il giudice ha il potere di escludere (aggravante, peraltro, implicante conoscenza dei precedenti penali del reo, che, di norma, non si ha al momento della flagranza del reato).

6. (segue) Ulteriori aspetti problematici

All'indomani della legge *ex Cirielli*, la giurisprudenza si è dovuta occupare di un altro aspetto controverso, già emerso con la riforma del 1974: ci riferiamo al significato da attribuire al concetto di "discrezionalità" in merito alla recidiva, specie se reiterata⁸⁴.

Secondo le prime pronunce emesse dalla Cassazione, infatti, il potere discrezionale riguarderebbe il solo aumento della pena, mentre tutti gli ulteriori effetti deriverebbero unicamente dalla verifica da parte del giudice della corretta

⁸³ La fattispecie oggetto di giudizio, infatti, riguardava la convalida di un arresto in flagranza di un soggetto già dichiarato recidivo reiterato. Per ciò che concerne il calcolo della pena ai fini dell'applicazione delle misure precautelari, si ricorda che vengono utilizzati i medesimi criteri previsti per la materia cautelare: l'art. 379 c.p.p. stabilisce invero che «agli effetti delle disposizioni di questo titolo, la pena è determinata a norma dell'articolo 278».

⁸⁴ Si rimanda al paragrafo terzo del Capitolo II del presente lavoro, nel quale è stato affrontato il problema, così come si era posto negli anni immediatamente successivi alla riforma del 1974.

contestazione della recidiva, in base al dato formale della precedente condanna, o delle precedenti condanne nell'ipotesi di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

Tale interpretazione, "restrittiva" rispetto all'originario intento legislativo, qualifica l'istituto come uno *status* soggettivo, fondato sulla mera ricaduta nel reato dopo una sentenza irrevocabile ed è proprio da questo *status* che discendono immancabilmente tutte le conseguenze negative nei confronti del già reo, dalle limitazioni al giudizio di comparazione *ex art. 69*, comma 4, c.p. fino alle preclusioni nel patteggiamento allargato⁸⁵.

L'irrazionalità di una simile lettura – secondo la quale la recidiva sarebbe simultaneamente una circostanza facoltativa che aggrava la pena e uno *status* personale – è stata puntualmente messa in luce dal Giudice delle leggi, con la più volte citata sentenza n. 192 del 2007⁸⁶.

L'esaustiva argomentazione della Corte costituzionale poggia essenzialmente sul fatto che, qualora si propendesse, da un lato, per il carattere di

⁸⁵ Si veda, in particolare, Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 8302, in *Guida dir.*, 2007, 27, p. 81, nella quale si legge testualmente che «la recidiva produce gli effetti penali a essa connessi, se correttamente contestata e ritenuta dal giudice del processo di cognizione, indipendentemente dalla determinazione giudiziale circa l'aumento di pena, giacché la facoltatività attribuita al giudicante riguarda soltanto la scelta di aumento o non della pena, fermo restando che, in ogni caso, la recidiva ha gli altri effetti penali per essa stabiliti dalla legge: effetti che vanno dal divieto di misure previste dal diritto sostanziale a quelle previste dall'ordinamento penitenziario (quali la sospensione condizionale della pena, l'obblazione speciale, la liberazione condizionale, la riabilitazione, la prescrizione) e, infine, a quelle processuali (quale quella della preclusione della richiesta di pena *ex art. 444*, comma 1 *bis*, c.p.p.). Tra tali effetti penali rientra, in particolare, anche il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata *ex art. 99*, comma 4, c.p., introdotto nell'art. 69, comma 4, c.p. dall'art. 3 l. 5 dicembre 2005 n. 251, che quindi trova applicazione, qualora la recidiva reiterata, ritualmente contestata, sia stata ritenuta dal giudice, indipendentemente dalla determinazione giudiziale circa l'aumento o non di pena». Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 22 febbraio 2008, n. 15232, in *www.iusexplorer.it*, laddove si afferma che «il divieto di ritenere nel giudizio di comparazione prevalenti le circostanze attenuanti su quelle aggravanti qualora sia stata contestata la recidiva reiterata ai sensi dell'art. 99 cod. pen., trova applicazione anche quando il giudice nell'ambito del potere discrezionale riconosciutogli dalla legge ritenga di non disporre l'aumento di pena per la recidivanza». Tale orientamento giurisprudenziale si era diffuso già negli anni Settanta, subito dopo la riforma del 1974: si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 1974, Scotti, in *Foro it.*, 1976, II, c. 7; Cass. pen., Sez. VI, 5 settembre 1974, Mele, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1976, p. 163; Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 1974, Milo, *ivi*, 1976, p. 184; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 1974, Caccavaro, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1976, p. 303. Quest'ultima pronuncia, in particolare, ha precisato che «il legislatore non ha voluto concedere la facoltà di escludere la recidiva, la quale continua in conseguenza della contestazione a qualificare il reato a ogni effetto, ma solamente la facoltà di non apportare alla pena da infliggere per il reato commesso l'aumento di pena corrispondente al tipo di recidiva contestata».

⁸⁶ Ci riferiamo a Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1861, con nota di C. BERNASCONI, *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*.

facoltatività della recidiva (reiterata), ma si stabilisse, dall'altro, che quest'ultima avesse efficacia comunque inibente in ordine all'applicazione di circostanze attenuanti concorrenti, «ne deriverebbe la conseguenza, all'apparenza paradossale, di una circostanza “neutra” agli effetti della determinazione della pena (ove non indicativa di maggiore colpevolezza o pericolosità del reo), nell'ipotesi di reato non (ulteriormente) circostanziato; ma in concreto “aggravante” nell'ipotesi di reato circostanziato *in mitius*». Detto in altro modo, appare assai problematico, sul piano logico, «supporre che la recidiva reiterata non operi rispetto alla pena del delitto in quanto tale e determini, invece, un sostanziale incremento di pena rispetto al delitto attenuato»⁸⁷.

Al medesimo approdo giungono di lì a poco anche i giudici di legittimità, nel momento in cui affermano che una diversa interpretazione finirebbe con «lo stravolgere l'istituto stesso, inteso come circostanza aggravante inerente alla persona, giacché ne deriverebbe l'applicazione ad altri effetti, pur se, in concreto, è stato escluso l'aumento di pena»⁸⁸.

In tale fondamentale pronuncia, inoltre, la Sezione IV della Cassazione ripudia a chiare lettere la discrezionalità “bifasica” in materia di recidiva, ovvero sia un potere facoltativo che si estende «sia sull'*an* della circostanza che sulla variazione di pena conseguente»⁸⁹.

Ciò sta a significare che il requisito oggettivo della precedente condanna non è da solo sufficiente a integrare l'aggravante, poiché il giudice di merito deve

⁸⁷ Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit.

⁸⁸ Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 870, con nota di G. MESSINA, *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell'“autore recidivo” rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*. Nello stesso senso si vedano Cass. pen., Sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2090, in *Cass. pen.*, 2013, p. 200; Cass. pen., Sez. VI, 23 novembre 2010, n. 43438, *ivi*, 2011, p. 3880; Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2009, n. 22871, *ivi*, 2010, p. 615.

⁸⁹ Rifiuta la discrezionalità “bifasica” in materia di recidiva Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 16750, cit. Tale soluzione interpretativa viene avallata in modo unanime dalla giurisprudenza successiva e persino dalle Sezioni Unite, secondo le quali «la “facoltatività” della recidiva, invero, non può atteggiarsi come parziale o “bifasica”, nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, l'ordinamento renda viceversa obbligatori gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione». In caso contrario, ovvero «qualora la verifica si concluda nel senso della non significanza della ricaduta nei termini più su precisati e il giudice escluda la recidiva (dunque non la ritenga rilevante e conseguentemente non la applichi), rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante» (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit.).

accertare – anche nell’ipotesi di cui al quinto comma dell’art. 99 c.p.⁹⁰ – gli ulteriori requisiti «sostanziali»⁹¹ della recidiva, come la natura e l’omogeneità dei vari illeciti, la distanza temporale tra la commissione degli stessi nonché l’occasionalità della condotta. Al termine di tale valutazione discrezionale, qualora ritenga esistente di un legame qualificato tra i due reati, il giudice non sarà libero, ma al contrario sarà obbligato ad applicare l’aggravante⁹², con il conseguente aumento della pena base e l’irrogazione di tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi.

I numerosi interventi giurisprudenziali che abbiano evidenziato si rivelano fondamentali per definire con maggiore chiarezza la fisionomia dell’istituto e il suo funzionamento: ci troviamo di fronte a una circostanza a tutti gli effetti, in merito

⁹⁰ In seguito all’intervento della Corte costituzionale (Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1400) che ha dichiarato parzialmente incostituzionale l’art. 99, comma 5, c.p., infatti, l’aumento di pena apportato non può più essere legato esclusivamente al dato formale del titolo del reato. Cfr., sul punto, Cass. pen., Sez. V, 7 dicembre 2015, n. 48341, in *Riv. pen.*, 2016, p. 608: «alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 2015, l’aumento di pena apportato per la recidiva presuppone un accertamento della concreta significatività del nuovo episodio in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, avuto altresì riguardo ai parametri di cui all’art. 133 cod. pen., sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»; Cass. pen., Sez. II, 12 novembre 2015, n. 50146, in *Riv. pen.*, 2016, p. 703, nella parte in cui ritiene illegittima «la decisione con cui il giudice applichi l'aumento di pena per effetto della recidiva, ritenuta obbligatoria ex art. 99, comma quinto, cod. pen., senza operare alcuna concreta verifica in ordine alla sussistenza degli elementi indicativi di una maggiore capacità a delinquere del reo»; Cass. pen., Sez. I, 4 febbraio 2016, n. 25143, in *www.ilpenalista.it*, 28 settembre 2016, con nota di G. BONIFACIO, *Incostituzionalità della recidiva obbligatoria aggravata. Prime applicazioni*.

⁹¹ Già negli anni immediatamente seguenti alla riforma del 1974 C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 307, parlava di una «definizione sostanziale di recidiva», dal momento che «la preesistenza di una condanna irrevocabile non ne esaurisce più la nozione». A tale necessario requisito, infatti, se ne devono aggiungere altri, «che la legge non ha saputo o voluto esprimere, ma che l’interprete non potrà esimersi dall’individuare».

⁹² Il rifiuto della discrezionalità “bifasica” in materia di circostanze è espresso a chiare lettere da F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1021 ss. Il potere discrezione del giudice, infatti, riguarda solamente il momento di individuazione della circostanza, mentre, una volta individuata, egli ha l’obbligo di applicarla. Ragionando diversamente si finirebbe con lo sconfinare nell’arbitrio giudiziale, situazione questa «inammissibile, specialmente nella sfera del diritto penale» (p. 1022). Allo stesso modo F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 154, descrive la discrezionalità giudiziale come una «situazione soggettiva doverosa». Più specificamente, riguardo all’istituto ex art. 99 c.p., M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, cit. p. 1130, afferma «che, non esistendo in materia di circostanze una discrezionalità bifasica, una volta ascritta la recidiva alla categoria delle circostanze aggravanti e riconosciuta presente solo quando il giudice, accertati i presupposti, la dichiara, il giudice deve aumentare la pena, al pari delle altre circostanze».

alla quale grava sul giudice un preciso obbligo di motivazione⁹³, anche implicita⁹⁴, che faccia emergere – concretamente – una maggiore colpevolezza o una più accentuata pericolosità sociale dell'autore del reato. Solo in questo caso l'aggravante può essere applicata e conseguentemente si produrranno tutti gli effetti, da quello tipico dell'incremento sanzionatorio, fino a quelli processuali e in fase esecutiva.

Prima di concludere, è opportuno soffermarci proprio sul concetto di “applicazione” della recidiva, che nel corso degli anni è stato interpretato in due significati diametralmente opposti di giudici di legittimità.

L'orientamento minoritario sostiene che non si abbia applicazione della circostanza *ex art. 99 c.p.* nel caso in cui la stessa sia dichiarata equivalente alle concorrenti attenuanti nel giudizio di bilanciamento, poiché, in tal caso, non incide sull'entità della pena⁹⁵.

Di diverso avviso la giurisprudenza prevalente, secondo la quale l'effetto tipico di aggravamento della pena è determinato anche nell'ipotesi di ritenuta equivalenza della recidiva alle circostanze di segno opposto: per la Cassazione, infatti, si può parlare di applicazione «anche quando semplicemente svolga la

⁹³ La giurisprudenza è assolutamente unanime sul punto: si veda, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 5859, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2010, con nota di L. DEGL'INNOCENTI – F. FALDI, *Recidiva ed estinzione della pena pregressa per esito positivo dell'affidamento in prova*. Nell'arresto si legge espressamente che «sul giudice del merito incombe uno specifico dovere di motivazione sia quando ritiene sia quando esclude la rilevanza della recidiva»; più recentemente cfr. Cass. pen., Sez. II, 21 dicembre 2015, n. 50146, in *Riv. pen.*, 2016, p. 703, nella parte in cui afferma che «il giudice deve fornire adeguata motivazione, con particolare riguardo all'apprezzamento dell'idoneità della nuova condotta criminosa in contestazione a rivelare la maggior colpevolezza e la maggior capacità a delinquere del reo»; Cass. pen., Sez. II, 26 aprile 2016, n. 20205, in *www.ilpenalista.it*, 19 maggio 2016.

⁹⁴ Si veda la recente pronuncia della Sezione II penale, che, riprendendo un principio già affermato in passato, ha ammesso la possibilità di una motivazione implicita: il rigetto della richiesta di esclusione della recidiva facoltativa, infatti, «pur richiedendo l'assolvimento di un onere motivazionale, non impone al giudice un obbligo di motivazione espressa, ben potendo quest'ultima essere anche implicita» (cfr. Cass. pen., Sez. II, 17 settembre 2015, n. 39743, in *www.iusexplorer.it*. La fattispecie oggetto della decisione si riferiva a una motivazione implicita, tuttavia facilmente desumibile dal richiamo, operato in sentenza, alla negativa personalità dell'imputato, emergente dalla gravità e dall'ingente numero di precedenti penali).

⁹⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 gennaio 2011, n. 9636, in *Cass. pen.*, 2012, p. 575: «in tema di reato continuato, il limite di aumento, *ex art. 81 c.p.*, non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave, previsto dalla legge nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva reiterata, non è applicabile quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, escludendone così in relazione ad essi l'applicazione». Nello stesso senso, si vedano Cass. pen., Sez. V, 27 gennaio 2015, n. 22980, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2015, n. 43040, *ivi*.

funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante»⁹⁶.

Il verbo applicare, quindi, come precisato da una recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, deve essere interpretato nel senso che una norma viene «concretamente ed effettivamente utilizzata in senso funzionale ai suoi scopi, esercitando uno qualsiasi degli effetti che le sono propri e che da essa dipendano con nesso di causalità giuridica necessaria, in modo che senza di essa non possono derivare quegli effetti che il giudice riconosce nel farne uso»⁹⁷.

Alla luce di quanto detto, si deve ritenere che anche una recidiva apparentemente neutra dal punto di vista sanzionatorio sia da considerarsi come applicata, con il risultato che opereranno anche gli ulteriori effetti, quali l'aumento minimo *ex art. 81, comma 4, c.p.*⁹⁸ ovvero l'allungamento dei termini di prescrizione di cui all'*art. 157, comma 2, c.p.*⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 25082, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2985. In senso conforme si vedano, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. VI, 21 novembre 2012, n. 49766, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 39849, *ivi*; Cass. pen., Sez. II, 21 gennaio 2016, n. 2731, in *Riv. pen.*, 2016, p. 703.

⁹⁷ Cass. pen., Sez. Un., 21 luglio 2016, n. 31669, in *www.ilpenalista.it*, 28 luglio 2016, con nota di A. PELLEGRINO, *Reato continuato commesso da recidivo e operatività del limite minimo dell'aumento di pena di un terzo*. Nella pronuncia, i giudici chiariscono, inoltre, come «all'atto del giudizio di comparazione, l'azione dell'applicare la recidiva si è già esaurita, perchè altrimenti il bilanciamento non sarebbe stato necessario: la recidiva ha comunque esplicato i suoi effetti nel giudizio comparativo, sebbene gli stessi siano stati ritenuti dal giudice equivalenti rispetto alle circostanze attenuanti concorrenti, in assenza delle quali, però, la recidiva avrebbe comportato l'aumento di pena». Una puntuale disamina della sentenza e dei due orientamenti dai quali era scaturito l'intervento a Sezioni Unite è svolta da M. BRANCACCIO, *La recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, suppl. al n. 6, in particolare pp. 28-30.

⁹⁸ È questo il caso da cui si sono mosse proprio le Sezioni Unite, le quali, risolvendo un contrasto interpretativo sorto nelle sezioni semplici, hanno affermato che «il limite di aumento di pena non inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave, di cui all'*art. 81, quarto comma, c.p.* nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'*art. 99, quarto comma, stesso codice*, opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti» (Cass. pen., Sez. Un., 21 luglio 2016, n. 31669, *cit.*).

⁹⁹ In materia di prescrizione, la Cassazione ha difatti chiarito che «la recidiva ritenuta dal giudice di merito e applicata per escludere la concessione delle circostanze attenuanti generiche, in quanto circostanza aggravante ad effetto speciale, rileva ai fini della prescrizione anche nel caso in cui non si sia proceduto in sentenza al relativo aumento di pena» (Cass. pen., Sez. I, 8 aprile 2008, n. 17263, in *www.iusexplorer.it*). Più di recente, si vedano Cass. pen., Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 39849, in *www.iusexplorer.it*: «la recidiva reiterata, rileva ai fini della determinazione del termine di prescrizione, anche qualora nel giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti sia stata considerata equivalente»; Cass. pen., Sez. IV, 11 dicembre 2015, n. 101, *ivi*.

7. La ragion d'essere della recidiva nel sistema penale

Giunti a questo punto, è necessario occuparci del fondamento della recidiva, tema di centrale importanza, da sempre discusso e allo stesso tempo quanto mai sfuggente¹⁰⁰.

Da un lato, si ricollega infatti con gli aspetti, altrettanto decisivi, della natura giuridica e del funzionamento dell'istituto, che tuttavia – come abbiamo visto – sono rimessi in buona parte alle scelte legislative. Dall'altro, e soprattutto, la configurazione dell'aggravante come discrezionale e non più obbligatoria, fa sì che la comprensione della *ratio* si riveli indispensabile per determinare i requisiti “sostanziali” per l'applicazione della circostanza, senza alcuna intermediazione del legislatore, il quale si è limitato solamente a richiedere l'elemento “formale” della precedente condanna definitiva per un delitto non colposo.

Spetta quindi all'interprete il gravoso compito di delineare la ragion d'essere della recidiva all'interno dell'ordinamento penale, valorizzando gli scopi e le funzioni principali dell'istituto. Tale passaggio si rivela fondamentale, specie in una materia delicata come quella di cui si sta trattando: nell'attesa di una riforma che delinei con maggiore chiarezza i contorni della figura, alcuni problemi possono essere risolti già a livello interpretativo.

Detto altrimenti, attraverso la comprensione della vera *ratio* dell'aggravante, infatti, si può aiutare il giudice a esercitare correttamente il suo notevole potere discrezionale nell'applicazione della circostanza, evitando che quest'ultimo sconfini nell'arbitrio ovvero – riprendendo le sempre attuali parole di un illustre Maestro – nella «sovranità giudiziale»¹⁰¹.

Innanzitutto, posso dirsi oramai superate le teorie abolizioniste, sviluppatesi in Francia nella prima metà dell'Ottocento e riprese anche da alcuni esponenti della

¹⁰⁰ Di recente, una completa ricostruzione in merito alle varie posizioni dottrinali sostenute nel dibattito sul fondamento dell'istituto è stata effettuata da D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1115 ss.

¹⁰¹ La celebre espressione appartiene P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, p. 336.

dottrina nazionale¹⁰², i quali negavano in radice qualsiasi distinzione tra il delinquente primario e il recidivo, nell'ottica di un diritto penale concentrato solamente sul singolo fatto di reato e attento a non violare il principio del *ne bis in idem* né l'equazione reato-pena.

Tali argomentazioni – come è facile intuire – vennero ben presto abbandonate¹⁰³, perché non idonee a offrire un'adeguata risposta repressiva al fenomeno del recidivismo e non in grado di sanzionare penalmente il maggior disvalore insito nella condotta di colui che già in passato aveva commesso un crimine.

Attualmente, quindi, si contendono il campo tre orientamenti di fondo: uno, di stampo retribuzionista, imperniato sulla maggiore colpevolezza del reo; quello ispirato a logiche di tipo special-preventivo, incentrato su una più elevata pericolosità sociale del soggetto; l'ultimo, di matrice prevalentemente giurisprudenziale, che cerca di unire le due ricostruzioni precedenti e prende il nome di bivalente o bidimensionale¹⁰⁴.

Come anticipato, solitamente si sono cercate connessioni tra il fondamento dell'istituto, da una parte, e la sua natura e il relativo regime applicativo, dall'altra. Così si ritiene che a una *ratio* di maggiore colpevolezza corrisponda la qualificazione di circostanza in senso tecnico, sì inerente la persona del colpevole, ma allo stesso tempo riverberantesi sulla commisurazione della pena per il singolo fatto di reato.

¹⁰² Ricostruiscono l'intenso dibattito francese, evidenziando le diverse argomentazioni sostenute da autori come Jean Carnot, Isidore Alauzet e Joseph Claude Tissot, R. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950, p. 18 ss.; G. MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910, p. 233 ss.; G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, III ed., Bologna, 1939, pp. 517-518. In Italia, il principale seguace di tale corrente fu Giovanni Carmignani, il quale, in una delle sue opere più conosciute, affermò che «se i due delitti fossero stati commessi da altri che da lui, il danno sarebbe stato lo stesso, né vi sarebbe titolo per la esasperazione della pena» (cfr. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, Napoli, 1831, p. 133). In argomento si veda *amplius* il paragrafo quarto del Capitolo I del presente lavoro.

¹⁰³ Si pensi che già G. MATTEOTTI, *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, cit., p. 233, riteneva le stesse appartenenti a un lontano passato: «ormai a tale teorica, la quale più non attrae che qualche solitario, è assegnato un valore, un interesse quasi unicamente storico».

¹⁰⁴ Per una ricostruzione più dettagliata del dibattito si rimanda a E.M. AMBROSETTI, voce *Recidiva*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, pp. 4950-4952; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, cit., in particolare pp. 61-67 e pp. 89-95; T. TRAVAGLIA CICIRELLO, *Il reo pericoloso*, cit., p. 504 ss.; G.L. GATTA, sub art. 99 c.p., cit., pp. 1650-1652; M. ROMANO, sub art. 99 c.p., cit., pp. 91-93; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., pp. 137-143.

Il fondamento special-preventivo, invece, accomunerebbe l'istituto alle forme di delinquenza qualificata, previste dagli artt. 102 ss. c.p. proprio per arginare l'elevata pericolosità sociale del soggetto e incidenti solo marginalmente nella dimensione punitiva.

Secondo la prospettiva bivalente, infine, la recidiva oscillerebbe tra la categoria delle circostanze e quella degli *status* soggettivi, tant'è che nelle interpretazioni giurisprudenziali viene definita, in modo alquanto ambiguo, come un'aggravante *sui generis*, che segue l'ordinario regime delle circostanze in senso tecnico, salvo alcune rilevanti eccezioni: si pensi alla già ricordata ipotesi della procedibilità nel delitto di truffa commesso dal recidivo¹⁰⁵.

Tale metodo di ragionamento non ci pare soddisfacente: qualunque delle tre interpretazioni si scelga di seguire, infatti, non sembra che si possa scorgere un legame tra il fondamento e la natura giuridica dell'istituto, dal momento che quest'ultima ha delle rilevanti conseguenze sulla disciplina più che sulla *ratio* stessa.

Così ci si è soffermati, nella riflessione in merito al fondamento dell'istituto, sul carattere obbligatorio o discrezionale dell'aggravante¹⁰⁶. La discrezionalità, vigente in materia dalla riforma del 1974, ha spinto nel senso di una più intensa capacità a delinquere, mentre l'obbligatorietà sarebbe da sempre più coerente con un'idea retributiva di maggiore colpevolezza per il fatto.

Anche questo automatismo, in realtà, non è del tutto convincente.

Se per carattere obbligatorio si intende infatti che la maggiore colpevolezza discende direttamente dal precedente giudicato, desumibile dal casellario giudiziale, si dimentica che la maggiore colpevolezza non deriva tanto dalla mera sentenza irrevocabile, quanto piuttosto dalla funzione di monito che essa svolge¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 1987, Paolini, cit. e le recenti sentenze di legittimità a sezioni semplici che hanno ripreso tale indirizzo interpretativo, secondo il quale non si può ritenere che la recidiva rientri tra le aggravanti che rendono perseguibile d'ufficio il reato di frode informatica in quanto essa inerisce esclusivamente alla persona del colpevole e non incide sul fatto reato, sulla sua natura e sulla gravità oggettiva.

¹⁰⁶ Per un quadro efficace delle interconnessioni tra fondamento, natura e disciplina si vedano, per tutti, E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit. p. 6 ss.; L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, cit., pp. 1372-1375.

¹⁰⁷ Cfr., sul punto, le lucide affermazioni di F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2013, p. 534, secondo il quale «la semplice esistenza di una condanna per un precedente reato

Tale funzione viene assolta solamente nel caso in cui al provvedimento di condanna, conosciuto dal reo, si aggiungano ulteriori indici sintomatici, come la specificità, la temporaneità e la non occasionalità della condotta.

Sembra quindi che nessuna delle ricostruzioni precedenti sia riuscita a cogliere con esattezza la *ratio* della recidiva, per cui, al fine di risolvere questo nodo esegetico, diventa imprescindibile una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto, specie con riguardo ai principi che governano la commisurazione della pena.

Non è ammissibile, in primo luogo, una lettura dell'aggravante in chiave di maggiore pericolosità sociale, che valorizza l'attitudine del soggetto alla reiterazione criminosa¹⁰⁸.

In questa prospettiva, il disvalore che giustifica l'aumento sanzionatorio è esclusivamente incentrato sulla personalità del reo, incline a commettere nuovi reati, non solo o non tanto dopo una sentenza di condanna, quanto piuttosto dopo avere già violato in precedenza il precetto penale. Si tratta, dunque, di una valutazione prognostica proiettata verso il futuro, nella quale il ruolo del giudicato tende a svilirsi, in quanto rappresenta solo il documento formale che attesta la pericolosità del soggetto.

Se si guarda alla prassi applicativa, si può notare come i giudici, almeno per determinati aspetti, riconducano l'istituto proprio alla maggiore pericolosità sociale: basti qui pensare ad alcuni problemi interpretativi legati al ruolo della precedente condanna, come nel caso della c.d. recidiva *per saltum*. È maggioritario l'orientamento, difatti, che nega qualsiasi rilevanza alla precedente dichiarazione di recidiva semplice rispetto alla recidiva reiterata, per cui, al fine dell'applicazione

può essere solo un sintomo di una eventuale maggiore colpevolezza, la quale in concreto dipende da molti altri fattori».

¹⁰⁸ Per una simile ricostruzione si veda, per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, p. 658 ss. L'illustre Autore sostiene che la ragione giustificatrice dell'aumento di pena vada ricercata nella volontà persistente nel delinquere e, perciò, nella maggiore capacità criminale: il recidivo, infatti, «palesa una notevole inclinazione al delitto» e «il suo comportamento autorizza il timore di ulteriori reati nell'avvenire» (p. 663).

dell'aggravante *ex art. 99, comma 4, c.p.*, è sufficiente l'aver riportato più di una condanna¹⁰⁹.

La soluzione di rendere irrilevante la dichiarazione, peraltro assai discutibile¹¹⁰, ha una logica solo se si dà importanza al pregresso delitto, del quale la sentenza in sé e per sé considerata rappresenta la prova giudiziale e l'elemento formale. Così facendo, tuttavia, la pronuncia irrevocabile non riesce a esplicare la propria funzione di monito e la recidiva perde la sua autonomia perché viene accomunata a istituti giuridici che, invece, dovrebbero restare distinti, come la continuazione criminosa o il concorso materiale.

Allo stesso modo, ovverosia in un'ottica rivolta al futuro, una recente pronuncia delle Sezioni Unite – già menzionata in precedenza – ha sancito l'irrilevanza, ai fini della recidiva, della condanna estinta in seguito a esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale¹¹¹. I giudici di legittimità, nelle proprie argomentazioni, hanno dato rilievo al comportamento virtuoso del condannato che, quindi, viene recuperato e presumibilmente non ricadrà nuovamente nel reato.

Tuttavia, l'interpretazione dell'istituto in chiave di capacità a delinquere e pericolosità sociale – esemplificata dalle pronunce sopra menzionate – non è compatibile con i principi in materia di sanzione penale, specie con quelli di proporzione e di colpevolezza per il singolo fatto.

La pena, infatti, per non essere sentita come ingiusta dal condannato deve essere proporzionata alla gravità, oggettiva e soggettiva, del reato commesso. Per

¹⁰⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 7 maggio 2010, n. 18701, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui «la recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice».

¹¹⁰ Critico nei confronti del menzionato orientamento giurisprudenziale è L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, Milano, 2006, p. 54, il quale evidenzia come si possa giungere al «paradosso» che da una recidiva semplice, esclusa perché non significativa dal punto di vista di un legame qualificato tra i due illeciti, possa scaturire *per saltum* una recidiva reiterata, con tutti gli effetti negativi che ci comporta. *Contra* C. TRANQUILLO, *L'incerto regime applicativo della recidiva e gli spazi di discrezionalità del giudice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 287, nella parte in cui sostiene che «la circostanza negativa della mancata declaratoria di recidiva [...] non preclude al giudice del nuovo procedimento di dichiarare recidivo reiterato l'imputato».

¹¹¹ Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 5859, cit. Nel dispositivo si legge espressamente che «l'estinzione di ogni effetto penale prevista dall'art. 47, comma 12, ord. pen., in conseguenza dell'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale, comporta, a mente dell'art. 106, comma 2, c.p., che della relativa condanna non possa tenersi conto agli effetti della recidiva».

cui, se – come è stato autorevolmente sostenuto – la misura della sanzione corrispondente alla gravità dell'illecito rappresenta «il limite comunque invalicabile e che il criterio della capacità criminale può operare solo “verso il basso”»¹¹² ne consegue inevitabilmente «che anche l'aumento di pena per la recidiva, al di sopra dei limiti segnati dalla colpevolezza per il fatto, non appare compatibile con l'art. 27 Cost., qualora della recidiva si dia una lettura in chiave di maggiore pericolosità del soggetto»¹¹³.

A quanto detto si aggiunga che non è del tutto chiaro il legame che può intercorrere tra una recidiva, vista come espressione di una più intensa pericolosità sociale, e pena. Non si capisce, infatti, quale funzione possa svolgere una sanzione, aggravata *ex art. 99 c.p.*, nel contenimento e nel controllo della predetta pericolosità, che riguarda oltretutto un soggetto imputabile. Sarebbe forse più opportuno – come messo in luce da attenta dottrina – non irrogare una pena maggiore a colui che ricade nel crimine, ma accompagnarla con una misura di sicurezza, essendo quest'ultima ben più idonea allo scopo¹¹⁴.

Dopo aver contrastato la *ratio* della recidiva in termini di maggiore pericolosità sociale, allo stesso modo non possiamo condividere il fondamento “bidimensionale” dell'istituto, secondo cui quest'ultimo concorrerebbe a definire la colpevolezza per il fatto, in una funzione retributivo-proporzionale, e fungerebbe anche da indicatore della capacità di commissione di nuovi delitti, in una funzione tipicamente preventiva.

¹¹² Si esprime così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, V ed., Torino, 2013, p. 592, il quale sottolinea come una simile scelta tra i diversi criteri finalistici di commisurazione riflette una concezione di fondo in cui «la retribuzione opera in chiave di garanzia personalistica contro il rischio di eccessi punitivi, mentre la prevenzione speciale può operare nella fase di commisurazione solo al di sotto del limite della pena proporzionata».

¹¹³ Testualmente M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 360. Nella medesima prospettiva, si vedano E. DOLCINI, *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, in *Il Corriere del merito*, 2006, p. 55 ss.; P. PITTARO, *sub art. 27 Cost.*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, pp. 286-287, nella parte in cui sostiene che «il principio della colpevolezza costituisce il limite estremo superiore della sanzione».

¹¹⁴ Così R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, cit. p. 1705, secondo cui sarebbe quindi più opportuna una misura di sicurezza per tenere sotto controllo la pericolosità sociale dell'individuo che ha già commesso un reato. L'Autore, inoltre, si chiede se sia possibile, a questo punto, «distinguere una pericolosità sociale della misura di sicurezza dalla pericolosità sociale della pena».

Tale lettura è presente nella gran parte delle sentenze della Cassazione: per la Suprema Corte, infatti, affinché si possa precedere all'aumento di pena previsto dall'art. 99 c.p., è necessario verificare che il nuovo episodio delittuoso «appaia concretamente significativo di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo»¹¹⁵.

L'interpretazione dei giudici di legittimità, ripresa anche in alcune celebri sentenze della Corte costituzionale¹¹⁶ e da autorevole dottrina¹¹⁷, è sorta sul finire degli anni Settanta¹¹⁸ al fine di sopire il vivace contrasto sul tema, tuttavia può essere alquanto problematica.

¹¹⁵ Cfr., per tutte, quale esempio dell'interpretazione indubbiamente maggioritaria in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, cit.

¹¹⁶ Si veda, in particolare, Corte cost., sent. 14 giugno 2007, n. 192, cit., nella parte in cui chiarisce che il nuovo delitto deve essere sintomatico «in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen., della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo». In termini analoghi si esprime Corte cost., ord. 29 maggio 2009, n. 171, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1906.

¹¹⁷ Si esprime in tal senso M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, cit., p. 141, nel momento in cui afferma che «la ricaduta nel reato non solo si presta a una valutazione proiettata al futuro, [...] ma giustifica anche, con una proiezione verso il passato, un rimprovero maggiore che si può muovere al recidivo». In termini quasi analoghi si esprime T. MARTINA, voce *Recidiva*, cit., p. 2, secondo la quale al fondamento retributivo dell'istituto si deve aggiungere una «compresenza di finalità special preventive defensionistiche». Nella manualistica si vedano, per tutti, G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit. p. 574; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 658, che parla espressamente di istituto «bidimensionale»; P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, p. 338, il quale constata come la bidimensionalità della recidiva «corrisponda anche alla bidimensionalità della pena»; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, p. 469, laddove sostengono che il recidivo dimostrerebbe, per il fatto stesso di persistere nell'illecito, «sia una maggiore insensibilità ai dettami dell'ordinamento, sia una maggiore propensione a delinquere in futuro».

¹¹⁸ La Corte di cassazione, infatti, già negli anni immediatamente successivi alla riforma del 1974 ha deciso di non prendere posizione in merito al fondamento della recidiva e, di conseguenza, di non spiegare se l'aumento di pena debba giustificarsi in un'ottica di retribuzione o come e misura di difesa sociale. In un arresto, anzi, si legge che «per l'esercizio del potere ora concesso al giudice dal nuovo testo dell'art. 99 del codice penale, non occorre prendere posizione sulla questione se la causa dell'aggravante della recidiva sia ravvisabile nell'aumento della pericolosità criminale dell'agente, oppure nella maggiore gravità del reato successivo rispetto ai precedenti, per effetto del mutamento dell'energia spirituale che lo caratterizza». Ciò che conta, al contrario, è «rilevare che la nuova norma, accogliendo il principio della recidiva facoltativa, muove dalla premessa che l'esistenza e la quantità del disvalore subiettivo della fattispecie recidivale non possono formare oggetto di presunzioni legali, ma debbono essere lasciate all'accertamento compiuto dal giudice caso per caso» (cfr. Cass. pen., Sez. V, 21 agosto 1975, Di Giorgio, in *Cass. pen.*, 1976, p. 1082). Una panoramica delle sentenze di legittimità degli anni Settanta su tale specifico aspetto dell'istituto è presente in R. BERTONI, *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, cit., pp. 1393-1395; E.M. AMBROSETTI, *La recidiva*, in *Studium Iuris*, 1999, pp. 320-321.

Si rischia, invero, di attribuire al giudice un potere troppo ampio, che può sconfinare nell'arbitrio, dal momento che il giudicante può ritenere un soggetto recidivo alternativamente perché riscontra in lui una maggiore colpevolezza ovvero perché è più spiccata la sua capacità a delinquere. Detto altrimenti e riprendendo quando detto da autorevole dottrina, un determinato «istituto non può essere interpretato in un senso o in un altro a seconda del caso concreto»¹¹⁹, anche perché ciò violerebbe senza dubbio il principio di uguaglianza.

Così, per non tradire i principi costituzionali, è necessario optare per una visione retributiva della recidiva, che valorizzi il passato e non il futuro, ossia ciò che il reo ha già compiuto¹²⁰. Il giudice, quindi, deve orientare il proprio potere discrezionale verso la gravità del reato commesso, nello specifico verso la maggiore colpevolezza del soggetto, tralasciando la sua pericolosità sociale o ulteriori prognosi proiettate in avanti.

Chiaramente, il riferimento non è alla colpevolezza in senso psicologico¹²¹, quale mero contenitore dei due elementi soggettivi del dolo e della colpa, che non gioca un ruolo rilevante sul piano della recidiva.

¹¹⁹ Si esprime in questo modo R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, cit. p. 1703.

¹²⁰ Sostengono tale opinione, benché con argomenti diversi, L. MAZZA, voce *Recidiva*, cit., p. 74, secondo il quale «non vi è dubbio che la colpevolezza dell'abitudinario, cioè del recidivo, ergendosi sul fatto e dominandolo, è più intenso di quella dell'agente che trasgredisce il precetto penale per la prima volta»; P. PITTARO, voce *Recidiva*, cit., p. 366, nella parte in cui afferma che l'aggravante investe «il fatto di reato e la sua colpevolezza, alla stregua id un'impostazione costituzionalmente orientata, ma mai la pericolosità del soggetto»; M. ROMANO, sub *art. 99 c.p.*, cit., p. 93, che parla di «centralità di un modello classico-retributivo», con la valorizzazione dell'aspetto della colpevolezza per il fatto, «come dire della gravità del reato vista nella dimensione della personalità del suo autore»; E.M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit. pp. 49-50, secondo il quale le riforme avrebbero «sgombrato il campo da ogni possibile lettura in termini di prognosi e prevenzione speciale», lasciando il passo a «un modello di stampo diagnostico-retributivo» e p. 238 ss.; F. DASSANO, *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, cit., p. 156, che valorizza «la dimensione retributiva del fenomeno», sull'assunto che la responsabilità del reo è proporzionata «all'entità del rimprovero fondato sui precedenti giudicati». Uno tra i primi autori a fornire un contributo fondamentale alla concezione della recidiva basata sulla colpevolezza è stato A.R. LATAGLIATA, *Contributo allo studio della recidiva*, cit., p. 99 ss., laddove riconosce al già reo una «responsabilità morale più intensa [...] in ragione della sua diretta consapevolezza del disvalore di determinati comportamenti». Originale è la tesi di R. DELL'ANDRO, *La recidiva nella teoria della norma penale*, cit., p. 196, il quale parla di «colpevolezza d'inclinazione»: da ciò consegue che il fatto compiuto dal recidivo si caratterizza per una diversa e più intensa energia spirituale rispetto a quello commesso dal delinquente primario.

¹²¹ Per un quadro complessivo dei rapporti tra colpevolezza in senso psicologico e in senso normativo si veda, per tutti, G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, vol. VII, Roma, 1988, p. 1 ss. e la bibliografia ivi indicata. Più specificamente, per un'analisi della concezione normativa

La previsione e la volontà del fatto tipico – allo stesso modo della violazione della regola cautelare – da parte del recidivo, infatti, non ha nulla di diverso rispetto al corrispondente elemento psicologico del delinquente primario, anzi può essere tranquillamente meno intensa. Si pensi al caso, non improbabile, di un soggetto che commetta un primo delitto mosso da dolo intenzionale e a distanza di anni si renda responsabile di uno ulteriore, a lui attribuibile solo a titolo di dolo eventuale.

La concezione di colpevolezza che qui rileva è quella normativa¹²², sostenuta da gran parte della dottrina attuale: in tale prospettiva, l'aggravante *ex art. 99 c.p.* si giustifica per il fatto che chi ha già riportato in precedenza una condanna irrevocabile ha maggiori possibilità di essere motivato dalla legge e conseguentemente di uniformarsi ad essa, poiché ha già sperimentato sulla propria pelle l'inveramento della norma penale. Il suo procedimento motivazionale, quindi, viene arricchito da specifici e rafforzati contro-motivi all'azione criminosa, per cui la ricaduta nel delitto denota una colpevolezza particolarmente grave, tale da legittimare l'aumento di pena.

La *ratio* appena evidenziata conferisce inoltre un ruolo molto più pregnante al giudicato, non più solo elemento formale ma piuttosto significativo requisito strutturale, che distingue la recidiva dalle contigue figure di delinquenza abituale, professionale o per tendenza¹²³. La commissione del nuovo reato, infatti, viene rivalutata alla luce della precedente condanna: il maggior disvalore penale – che, sempre in un'ottica retributiva, non può portare a un aumento superiore al cumulo

della colpevolezza e del suo significato come giudizio di rimprovero nei confronti del reo si veda R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, p. 47 ss.

¹²² È questa la tesi sostenuta da T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 269-270, dal momento che la recidiva «si inquadra nel contesto delle circostanze inerenti al processo di motivazione, che rilevano ai fini del giudizio di colpevolezza in senso normativo».

¹²³ Cfr., sul punto, le condivisibili affermazioni di D. BRUNELLI, *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, pp. 5-6. Secondo l'Autore, la sentenza irrevocabile è un elemento di stacco, dal momento che può aversi recidiva «solo se la reiterazione criminosa è interrotta da una condanna passata in giudicato, mentre, diversamente, se la condanna è "ferma" ai gradi intermedi di giudizio, il "reo di più delitti" subisce un trattamento sanzionatorio addirittura più benevolo». Per tali ragioni, il menzionato requisito non può che rappresentare «un estremo fondante dell'istituto».

delle pene precedenti¹²⁴ – deriva proprio dal legame qualificato intercorrente tra di essi.

Tale legame deve essere ricercato in concreto dal giudice, il quale valuta discrezionalmente alcuni indici sintomatici di una maggiore colpevolezza, tra i quali spiccano «la natura dei reati, il tipo di devianza di cui sono il segno, la qualità dei comportamenti, il margine di offensività delle condotte, la distanza temporale e il livello di omogeneità esistente fra loro, l'eventuale occasionalità della ricaduta»¹²⁵, ma anche – secondo attenta dottrina – le condizioni personali del soggetto agente, come la sua situazione psicologica o il grado di adattamento sociale¹²⁶.

Ragionando nei termini sopra evidenziati, si può sostenere che l'aumento di pena di cui all'art. 99 c.p. per il delinquente recidivo rispetta i canoni fondamentali della proporzione e della responsabilità limitata al singolo episodio criminoso e, allo stesso tempo, si riesce a conferire un elevato grado di autonomia a un istituto troppe volte avvicinato alle differenti ipotesi di reiterazione criminosa.

8. Il nodo degli “effetti indiretti”

Come si è cercato di dimostrare, l'unica interpretazione costituzionalmente legittima è quella che qualifica la recidiva come un istituto espressivo della maggiore colpevolezza, in termini normativi, del già reo. Tale ricostruzione, tuttavia, è valida solamente con riferimento ai cc.dd. effetti diretti, ovverosia all'aumento di pena previsto – nelle sue varie forme – dai diversi commi dell'art. 99 c.p.

¹²⁴ Secondo F. GUERRINI, *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, cit., p. 82, la disposizione di chiusura prevista dall'ultimo comma dell'art. 99 c.p. serve a «soddisfare esigenze retributive», poiché il legislatore ha voluto «evitare che l'aumento per la recidiva si concreti in una riprovazione afflittiva maggiore di quella già irrogata con le precedenti condanne».

¹²⁵ Esemplificazione presente nella celebre e più volte citata Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, pronuncia fondamentale per delineare gli attuali contorni della recidiva.

¹²⁶ Cfr. D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, cit. pp. 1118-1119, secondo il quale solo valorizzando tutti questi elementi si può affermare che la previa condanna può ragionevolmente essere dotata di una maggiore forza ammonitrice rispetto al mero precetto legislativo.

L'indagine a questo punto deve necessariamente spostarsi sugli "effetti indiretti", già analizzati nei capitoli precedenti¹²⁷, per capire quale sia la *ratio* – o forse, le *rationes* – sottostante agli stessi¹²⁸.

In altre parole, ci si chiede per quale motivo il legislatore, specie quello del dicembre 2005¹²⁹, abbia attribuito rilevanza alla recidiva in termini di limiti o preclusioni all'operatività di alcuni istituti in sede di commisurazione, di punibilità e di esecuzione e persino operanti oltre il fine-pena¹³⁰. È evidente, infatti, che deve esservi un collegamento razionale tra la recidiva e l'oggetto della preclusione o del limite, anche perché, se così non fosse, la previsione sarebbe priva di legittimità: il punto è capire se tali previsioni si fondino sulla maggiore colpevolezza o piuttosto sulla più intensa capacità a delinquere.

Risponde sicuramente a una *ratio* di maggiore colpevolezza l'ipotesi di cui all'art. 81, comma 4, c.p., la quale stabilisce un aumento di pena minimo (non inferiore a un terzo) nel calcolo della pena per il reato continuato commesso dal recidivo reiterato.

L'aggravio sanzionatorio previsto in tale controversa disposizione¹³¹ è giustificato dal fatto che l'elaborazione di un medesimo disegno criminoso da parte del soggetto già dichiarato in precedenza recidivo reiterato si caratterizza per un disvalore maggiore rispetto a chi programma essendo però un delinquente

¹²⁷ Per una più completa ricognizione degli "effetti indiretti" e del "doppio binario" previsto per i recidivi reiterati si veda il paragrafo ottavo del Capitolo II, nel quale si evidenzia criticamente come il numero degli stessi sia di gran lunga incrementato in seguito alla riforma del dicembre 2005.

¹²⁸ Una completa indagine sul fondamento delle differenti ipotesi di effetti indiretti previsti dalla recidiva è svolta da R. BARTOLI, *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, cit., pp. 1709-1715.

¹²⁹ Il riferimento, com'è noto, va alla più volte citata legge *ex Cirielli* che ha aumentato in maniera esponenziale gli effetti indiretti a carico dei recidivi, soprattutto se reiterati, creando nei loro confronti una sorta di "doppio binario".

¹³⁰ Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina della riabilitazione: ai sensi dell'art. 179, comma 2, c.p., infatti, il termine ordinario di tre anni per la concessione del beneficio diviene di «almeno otto anni, se si tratta di recidivi, nei casi previsti dai capoversi dell'art. 99».

¹³¹ Per un'analisi delle problematiche inerenti a tale disposizione, introdotta con la riforma del 2005, si rimanda al paragrafo ottavo del Capitolo III, nel quale vengono illustrate le prese di posizione della Cassazione e del Giudice delle leggi, secondo i quali è necessario interpretarla in senso restrittivo, per cui farebbe riferimento solo ai casi in cui il reo già sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza irrevocabile e non anche nelle ipotesi di prima applicazione della citata aggravante (cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. I, 1 luglio 2010, n. 31735, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2252).

primario, proprio perché la programmazione è effettuata da un individuo particolarmente insensibile al precetto legislativo.

Parimenti, un fondamento di maggiore colpevolezza lo si rinviene nella previsione *ex art. 157, comma 2, c.p.*, che, stabilisce un innalzamento dei termini di prescrizione qualora l'autore del reato rivesta la qualifica di recidivo reiterato, in quanto aggravante ad effetto speciale¹³².

Le esigenze di prevenzione generale, connesse alla prescrizione, sono infatti direttamente proporzionate alla gravità del reato sicché più aumenta quest'ultimo fattore più si allontana il "tempo dell'oblio"¹³³: alla luce di quanto detto, non sembra irragionevole¹³⁴ che una recidiva, concepita in chiave di maggiore colpevolezza e incidente quindi sulla gravità soggettiva dell'illecito, condizioni *in peius* i termini di estinzione *ex artt. 157 ss.*

Al di là delle due ipotesi summenzionate, ci sembra che tutte le rimanenti siano da ricondurre a un fondamento di maggiore capacità criminale del già reo¹³⁵.

¹³² Ai sensi dell'art. 157, comma 2, c.p., per determinare il tempo necessario a prescrivere si deve guardare alla pena stabilita dalla legge per il reato, «senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante».

¹³³ Sul dibattito intorno al fondamento razionale della prescrizione si veda *amplius* S. SILVANI, *Il giudizio del tempo: uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009, pp. 64-66, nella parte in cui afferma che «la prevenzione generale positiva appare la sede teorica più opportuna ad accogliere l'idea dell'effetto obliante del tempo». In argomento si veda, inoltre, la ricostruzione effettuata da F. GIUNTA – D. MICHELETTI, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003, p. 35 ss., laddove gli Autori si soffermano sui nessi tra prescrizione e prevenzione generale.

¹³⁴ La stessa Corte di cassazione ha affermato la non irragionevolezza della disciplina dell'art. 157, comma 2, c.p. con riferimento alla recidiva: cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2009, n. 22619, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1836: «la recidiva reiterata ha natura di circostanza aggravante a effetto speciale rilevante ai fini del tempo necessario alla prescrizione con conseguente allungamento dei termini prescrizionali; ciò, peraltro, non determina la violazione dell'art. 3 Cost. – non sussistendo uguaglianza di situazioni tra il soggetto incensurato e colui che, invece, abbia riportato precedenti condanne e sia incolpato di un nuovo delitto – e nemmeno quella dell'art. 111 Cost., in quanto non è irragionevole che la durata del processo abbia termini più lunghi per l'imputato recidivo rispetto a quelli previsti per eventuali coimputati non recidivi». Più recentemente, si veda Cass. pen., Sez. II, 2 luglio 2015, n. 31891, in *www.iusexplorer.it*, che ha ribadito i medesimi principi, con riferimento all'allungamento dei termini *ex art. 161, comma 2, c.p.* Per un'analisi più generale dei rapporti tra i due istituti della recidiva e della prescrizione si rimanda a G. BALBI, *Ancora in tema di recidiva e prescrizione*, in *Arch pen.*, 2008, p. 31 ss.

¹³⁵ Condivide tale affermazione A. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora "privilegiato"?*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 688, secondo la quale – sul piano degli "effetti indiretti"

Si pensi, in particolare, alla disciplina *ex art. 160, comma 2, c.p.* che – sempre in tema di prescrizione – stabilisce un aumento del tetto massimo, qualora siano presenti degli atti interruttivi¹³⁶, con riferimento al recidivo aggravato e a quello reiterato. In questo contesto non rileva la gravità del reato, e quindi neppure una recidiva letta in chiave di maggiore colpevolezza, dal momento che hanno un significato solo atti di natura processuale¹³⁷.

L'aumento del periodo complessivo può essere letto, al contrario, in una prospettiva di maggiore capacità a delinquere del già reo: la perduranza dell'interesse punitivo statale può ricollegarsi alla peculiare carriera criminale del soggetto, che denota profili di pericolosità qualificata¹³⁸, per cui è ancor più opportuno l'accertamento di una sua eventuale responsabilità penale.

Spostando l'attenzione sul peculiare meccanismo applicativo previsto dal secondo comma dell'*art. 62 bis c.p.*, notiamo come la quasi totalità delle limitazioni presenti in materia di attenuanti generiche possa essere ricondotta solamente a una *ratio* di maggiore pericolosità sociale dell'agente.

Tolta la presunzione assoluta di un più intenso elemento soggettivo del recidivo reiterato, sulla cui legittimità sussistono non pochi dubbi¹³⁹, le altre – ossia

– «la pericolosità sovrasta, fin quasi a coprirli, gli echi di maggiore colpevolezza derivanti dalla commisione di un nuovo delitto, rispolverando l'origine storica della recidiva».

¹³⁶ In tali casi, infatti, l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento del tempo massimo rispettivamente fino alla meta e fino a due terzi, a differenza dell'aumento ordinario, che è solo di un quarto.

¹³⁷ A tal proposito si veda G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 173, il quale critica la scelta di includere l'aggravante di cui all'*art. 99 c.p.* nel novero degli atti interruttivi. Secondo l'Autore, la scelta legislativa rappresenta «un'irragionevolezza manifesta, per una perentoria ragione: la recidiva, non essendo un atto processuale, non può essere ricompresa e assimilata agli atti interruttivi, essendo ciascuno e tutti gli atti interruttivi della prescrizione sempre e solo atti processuali, che interrompono la prescrizione, perché manifestano il perdurante interesse dell'autorità giudiziaria alla repressione dei reati».

¹³⁸ Cfr., sul punto, M. ROMANO, *sub. art. 157 c.p.*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, II ed., Milano, 2011, pp. 115-116, secondo cui la norma in esame – al cui interno rientrano anche le figure di delinquenza qualificata *ex artt. 102, 103 e 105 c.p.* – rappresenta «un indice inequivocabile dell'enorme rilievo accordato dal nuovo legislatore alla pericolosità dei soggetti».

¹³⁹ Esprime forti perplessità sulla ragionevolezza di tale presunzione G.L. GATTA, *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur cost.*, 2011, p. 2383, dal momento che pare «a dir poco "agevole" ipotizzare il caso di un reato commesso dal recidivo reiterato con un dolo non particolarmente intenso».

quelle riguardanti gli indici di cui all'art. 133, comma 2, c.p. – ben si raccordano con una recidiva interpretata in siffatti termini. Il giudice, infatti, non può prendere in considerazione, ai fini della concessione delle generiche, i motivi e il carattere del reo, la sua condotta e la sua vita anteatta, nonché i precedenti penali e giudiziari, tutti indici espressivi di una maggiore capacità a delinquere del soggetto.

La lettura proposta sembra essere avvalorata anche da una pronuncia del Giudice delle leggi che, nel dichiarare parzialmente incostituzionale la norma in esame, ha affermato che quest'ultima, «precludendo al giudice di fondare il riconoscimento delle attenuanti generiche sulla condotta successiva al reato, privilegia uno dei parametri indicati dal secondo comma dell'art. 133 cod. pen. – la precedente attività delittuosa del reo – come sintomatico della capacità a delinquere rispetto agli altri»¹⁴⁰.

Un ragionamento non dissimile può essere fatto per la riabilitazione: l'allungamento del tempo necessario affinché un recidivo possa godere di tale istituto – che, ai sensi dell'art. 179, comma 2, c.p. è di otto anni – si spiega con la motivazione che l'ordinamento richiede una prova più significativa di buona condotta da parte di un soggetto che in passato si è già dimostrato restio a uniformarsi ai precetti legislativi. Analogamente, le limitazioni previste al giudizio di bilanciamento possono essere lette in una chiave di maggiore capacità a delinquere, poiché la presenza dell'aggravante *ex art. 99, comma 4, c.p.* è sintomatica di una personalità talmente pericolosa da impedire l'irrogazione di una pena al di sotto di determinate soglie¹⁴¹.

Per ciò che concerne, invece, gli “effetti indiretti” in sede esecutiva e penitenziaria, bisogna premettere che il numero ingente degli stessi è diminuito negli ultimi anni: l'endemico problema del sovraffollamento carcerario, ribadito con

¹⁴⁰ Ci riferiamo a Corte cost., sent. 10 giugno 2011, n. 183, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1773 ss., con nota di G. LEO, *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti «indiretti» della recidiva*. In tale occasione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 62 bis, comma 2, c.p., nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tener conto della condotta del reo susseguente al reato.

¹⁴¹ Concordiamo con quanto affermato da A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 39, il quale parla di un «giudizio di comparazione “orientato” in chiave specialpreventiva».

forza anche nel messaggio inviato alle Camere dal Presidente della Repubblica¹⁴², ha fatto sì che il legislatore tornasse sui propri passi e abrogasse alcune disposizioni controverse¹⁴³.

Ci riferiamo *in primis* alla lett. c) dell'art. 656, comma 9, c.p.p. norma che – come è noto – sanciva il divieto alla sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne non superiori a tre anni nei confronti dei recidivi di cui all'art. 99, comma 4, c.p.: dopo la riforma attuata con il decreto c.d. svuota-carceri¹⁴⁴, il Pubblico ministero, quindi, può nuovamente ordinare la sospensione anche nei confronti di tali soggetti.

La scelta legislativa è estremamente apprezzabile perché, da un lato, mira a ridurre il flusso dei detenuti “in ingresso” negli istituti penitenziari¹⁴⁵ e, dall'altro, elimina una condizione ostativa prevista nei confronti di una categoria di soggetti che era priva di razionalità¹⁴⁶.

¹⁴² Cfr. *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria (Roma, 8 ottobre 2013)*, in *www.senato.it*. Nel testo sono indicati alcuni rimedi necessari per ovviare al problema del sovraffollamento: tra di essi vi è anche «l'attenuazione degli effetti della recidiva quale presupposto ostativo per l'ammissione dei condannati alle misure alternative alla detenzione carceraria». Si sofferma su tale intervento e sulle modifiche apportate al sistema penale (anche) in relazione a esso D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, p. 136 ss.

¹⁴³ Per un quadro completo della nuova situazione normativa in fase di esecuzione e penitenziaria per i recidivi reiterati si rimanda a A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, Torino, 2014; F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

¹⁴⁴ Decreto-legge 1 luglio 2013, n. 78, concernente “Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena”, in *Gazz. uff.*, 2 luglio 2013, n. 153. Per un puntuale analisi di tale provvedimento legislativo si rimanda a A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il ‘decreto carceri’ 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2013; S. ARASI, *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, fasc. 1, p. 85 ss.

¹⁴⁵ Sottolinea la correlazione tra il crescente numero di ingressi e le recenti riforme in materia penale B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., p. 39, secondo la quale la legge ex Cirielli aveva introdotto significativi limiti alla possibilità di sospensione dell'ordine di esecuzione da parte del Pubblico ministero. Si veda, inoltre, G. RANALDI, *La struttura del procedimento di esecuzione*, in A. GAITO – G. RANALDI, *Esecuzione penale*, III ed., Milano, 2016, p. 163, il quale evidenzia come il legislatore si sia mosso «nella dichiarata prospettiva di introdurre un meccanismo in grado di contribuire alla riduzione del sovraffollamento carcerario».

¹⁴⁶ Cfr., sul punto, Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 896-B – *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, recante disposizioni urgenti in materia di esecuzione della*

Tra le norme abrogate dal medesimo decreto legge, convertito poi nella l. 9 agosto 2013, n. 94, spiccano anche gli artt. 50 *bis* e 47 *ter*, comma 1 *bis*, ord. pen., che stabilivano delle modalità di accesso alla semilibertà e alla detenzione domiciliare molto meno agevoli per i recidivi reiterati¹⁴⁷. In sede di conversione, tuttavia, non è stata confermata la soppressione, originariamente prevista, dell'art. 30 *quater* ord. pen., per cui sono tuttora presenti penetranti limiti di accesso al beneficio dei permessi premio¹⁴⁸.

La disposizione, la cui permanenza è stata apertamente criticata in dottrina¹⁴⁹, prescrive infatti l'obbligo di un'espiazione più lunga di pena prima che i «detenuti, a quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma» possano fruire del beneficio.

Sembra chiaro il fondamento di una simile norma, volta a sanzionare la maggiore pericolosità sociale di una determinata categoria di condannati, tant'è che la stessa concessione dell'istituto è subordinata a una prognosi di non ricaduta nel

pena, agosto 2013, n. 46, p. 18 (reperibile in www.senato.it), laddove si precisa che la presunzione assoluta nei confronti dei recidivi reiterati è priva «di reale significato in termini di difesa sociale».

¹⁴⁷ Sul punto si veda *amplius* G. MANTOVANI, *L'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova "terapeutico"*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., rispettivamente pp. 104-105 per ciò che concerne le modifiche in tema di detenzione domiciliare e pp. 121-122 in tema di semilibertà.

¹⁴⁸ Si ricorda, inoltre, che in sede di conversione è stato ripristinato anche l'art. 58 *quater*, comma 7 *bis*, ord. pen., soppresso in precedenza dal decreto legge 1 luglio 2013, n. 78. Ai sensi di tale disposizione, «l'affidamento in prova al servizio sociale nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi più di una volta al condannato al quale sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, del codice penale». Critico nei confronti della mancata abrogazione della norma è F. FIORENTIN, *Ampliati durata e numero dei permessi premio*, in *Guida dir.*, 2013, 39, p. 42, il quale parla di «decisa retromarcia».

¹⁴⁹ B. GIORIS, *I permessi premio*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, cit., p. 140, parla infatti di una scelta che «non può non essere stigmatizzata». In termini ancor più critici si esprime A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, cit., pp. 100-102, che ne mette in dubbio la legittimità stessa: secondo l'Autrice «ad una disciplina presumibilmente incostituzionale, ma dotata di una sua coerenza interna, si è ora sostituita una disciplina "a macchia di leopardo"».

reato¹⁵⁰; per queste ragioni, le limitazioni dell'art. 30 *quater* ord. pen. sono un classico esempio di presunzioni assolute di pericolosità sociale del soggetto¹⁵¹.

Giunti a questo punto, una volta ricostruita la *ratio* dei più importanti effetti indiretti che scaturiscono dall'applicazione dell'aggravante, possiamo formulare alcune considerazioni di ordine più generale.

Ad oggi, il "sistema recidiva" è estremamente vasto e complesso, nonostante i decisi interventi caducatori della Corte costituzionale e del legislatore, dal momento che le conseguenze negative riverberantesi nei confronti del già reo vanno ben oltre l'aumento discrezionale di pena.

A dispetto di tali criticità, ciò che più preoccupa è un altro aspetto, ovverossia lo spiccato profilo di irrazionalità che presenta il meccanismo nel suo complesso. Si è visto, infatti, come l'aggravio sanzionatorio *ex art. 99 c.p.* può dirsi rispettoso dei principi costituzionali – in particolar modo di quello di proporzione – solo se letto in un'ottica retributiva di maggiore colpevolezza per il singolo fatto di reato; al contrario, la quasi totalità degli "effetti indiretti" si ispira a una logica di maggiore pericolosità e capacità criminale del soggetto.

Il problema è che la valutazione in ordine alle due differenti tipologie di effetti viene effettuata nello stesso momento e persino dal medesimo giudice di merito. Per tali ragioni, quest'ultimo si trova di fronte a un bivio e può quindi percorrere due strade: per prima cosa, può decidere di rispettare il principio di proporzione in sede di commisurazione e interpretare l'aggravante come sintomatica di una maggiore colpevolezza, estendendo tuttavia una simile valutazione anche a istituti che in realtà si fondano su una più intensa pericolosità sociale.

L'alternativa è quella di tener fermo il fondamento degli effetti indiretti e contemporaneamente leggere l'aumento di pena di cui all'art. 99 c.p. in chiave di

¹⁵⁰ Ai sensi dell'art. 30 *ter*, comma 1, ord. pen., infatti il permesso premio può essere concesso dal magistrato di sorveglianza ai condannati che «hanno tenuto regolare condotta» e che «non risultano socialmente pericolosi».

¹⁵¹ Sostiene tale interpretazione L. BISORI, *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, cit., p. 123, il quale mette anche in luce tutte le criticità e l'irragionevolezza che una presunzione assoluta di pericolosità sociale comporta.

maggiore pericolosità sociale, correndo però il serio rischio di porsi in contrasto con il dettato costituzionale.

Stando così le cose, è evidente che nessuna delle opzioni proposte può soddisfare fino in fondo, tant'è che autorevole dottrina ha cercato di offrire una soluzione di compromesso già a livello interpretativo¹⁵².

Si potrebbe pensare di scindere le due valutazioni, per cui il giudice dovrebbe applicare l'aggravante qualora riscontri concretamente una maggiore colpevolezza, esemplificata – come già detto – dall'omogeneità dei delitti e dalla distanza temporale nella commissione degli stessi; gli "effetti indiretti" ispirati alla maggiore capacità criminale, invece, non discenderebbero in via automatica, ma si renderebbe necessario un ulteriore e differente giudizio, volto ad riscontrare in concreto la pericolosità sociale del recidivo¹⁵³.

Il pericolo che si corre seguendo questa via è quello di spalancare le porte a un «sistema sanzionatorio a struttura sempre più bifasica»¹⁵⁴, tuttavia ciò non rappresenta una novità assoluta, specie in questo ambito.

Una recente sentenza della Sezione VI della Cassazione ha infatti ritenuto, seppur con motivazioni diverse da quelle ora proposte, che la recidiva reiterata influisse solamente sul computo del tempo necessario a prescrivere ma non anche sulla determinazione del termine massimo prescrizionale¹⁵⁵: così facendo, è stato dato rilievo a un effetto indiretto basato sulla maggiore colpevolezza (art. 157,

¹⁵² Ci riferiamo a quanto affermato da R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giur. it.*, 2015, in particolare pp. 2490-2491.

¹⁵³ Secondo D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, cit. pp. 1122, il problema tuttavia resterebbe, a causa di uno sfasamento tra il momento della valutazione della capacità a delinquer del soggetto, che è quello del giudizio di cognizione, e il tempo in cui operano gli effetti secondari sulle misure alternative, sui permessi-premio, e sulla riabilitazione, che può essere successivo anche di svariati anni.

¹⁵⁴ Espressione utilizzata sempre da R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, cit., p. 2491, il quale giustifica tale scelta, in quanto è l'unica in grado di rendere razionale il sistema e coerente con le esigenze special specialpreventive.

¹⁵⁵ Cass. pen., Sez. VI, 9 settembre 2015, n. 47269, in *www.ilpenalista.it*, 20 maggio 2016, con nota critica di L. AIELLI, *Effetti della recidiva reiterata specifica infraquinquennale sulla prescrizione*. Per giungere a un simile risultato, in realtà, i giudici di legittimità non si sono soffermati tanto sulla distinzione tra il diverso fondamento degli istituti, quanto piuttosto hanno valorizzato il rilevante principio del *ne bis in idem*, per non è lecito «porre due volte lo stesso elemento - la recidiva - a carico del reo».

comma 2, c.p.), a discapito di un altro fondato sulla più intensa pericolosità sociale (art. art. 161, comma 2, c.p.).

Al di là di tale isolato arresto¹⁵⁶, dobbiamo sottolineare come il rimedio più efficace per sbrogliare questa complessa situazione non può che giungere dal legislatore, il quale prosegua con coraggio l'opera di smantellamento degli effetti indiretti, iniziata – quantomeno per quelli previsti in fase esecutiva e nell'ordinamento penitenziario – con il d.l. 1 luglio 2013, n. 78 (in particolare con l'art. 2, convertito con modifiche nella l. 9 agosto 2012, n. 94).

Sembrano muoversi in questa direzione anche il documento finale degli Stati Generali sull'esecuzione penale¹⁵⁷ e la c.d. riforma della giustizia proposta dal ministro Orlando¹⁵⁸, attualmente al vaglio parlamentare, che – tra i numerosi aspetti disciplinati – prevede anche una delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario.

Per quel che più ci interessa, nel testo finale redatto dagli esperti che hanno partecipato ai diversi tavoli di lavoro al fine di predisporre le linee di azione in ambito penitenziario, viene richiesta al legislatore una «sostanziale “bonifica” del sistema dalle presunzioni assolute di non concedibilità di una misura rieducativa in ragione del titolo del reato commesso o dello *status* del soggetto»¹⁵⁹.

¹⁵⁶ La giurisprudenza è quasi unanime nel seguire l'orientamento opposto, ai sensi del quale la recidiva reiterata rileva contemporaneamente, ai fini del calcolo del tempo necessario a prescrivere ex art. 157, comma 2, c.p., sia, quale circostanza aggravante ad effetto speciale, agli effetti dell'aumento di detto tempo, in presenza di atti interruttivi, ex art. 161, comma 2, c.p.: cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. II, 18 febbraio 2016, n. 13463, in *D&G online*, 8 aprile 2016; Cass. pen., Sez. V, 7 giugno 2010, n. 35852, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2009, n. 22619, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1836.

¹⁵⁷ Ci riferiamo a Stati generali sull'esecuzione penale, *Documento finale*, 18 aprile 2016, in *www.giustizia.it*. Per una prima analisi di tale innovativo metodo di lavoro si vedano F. FIORENTIN, *La conclusione degli “Stati Generali” per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016; M. RUOTOLO, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penali: finalità e obiettivi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 marzo 2016.

¹⁵⁸ Testo unificato adottato dalla commissione per i disegni di legge nn. 2067, 1844, 2032, 176, 209, 286, 299, 381, 382, 384, 385, 386, 387, 389, 468, 581, 597, 609, 614, 700, 708, 709, 1008, 1113, 1456, 1587, 1681, 1682, 1683, 1684, 1693, 1713, 1824, 1905, 1921, 1922, 2103, 2295 e 2475, recante “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario”, in *www.senato.it*. Per un primo e necessariamente provvisorio commento al testo normativo si veda F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016. Con particolare riferimento alla delega prevista per l'ordinamento penitenziario si veda L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1333 ss.

¹⁵⁹ Cfr. Stati generali sull'esecuzione penale, *Documento finale*, cit., pp. 71-72.

Parimenti, l'art. 36, comma 1, lett. e), del testo di riforma della giustizia stabilisce come criterio direttivo la «eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono o rendono molto difficile, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari».

L'approvazione di un provvedimento come quello da ultimo citato rappresenterebbe sicuramente il primo e importante passo verso la riduzione dell'irrazionalità dell'intera disciplina e, contestualmente, anche dell'ambito di applicazione di un istituto i cui confini si sono dilatati a dismisura nel tempo¹⁶⁰.

9. Verso una “nuova” recidiva: alcuni spunti per una riforma organica

Terminato questo lungo percorso, possiamo riprendere le fila di quanto sostenuto nelle pagine precedenti al fine di (provare a) fornire qualche proposta per una riforma che renda meno intricata l'intera materia della recidiva nell'ordinamento penale e – allo stesso tempo – si ponga a metà strada tra gli irragionevoli rigorismi della disciplina statunitense delle “*Three Strikes Laws*” e la scelta abolizionista effettuata negli anni Ottanta in Germania¹⁶¹.

Anzitutto, ci pare condivisibile la qualificazione – oramai pacifica – dell'istituto come aggravante soggettiva inerente alla persona del colpevole e non come *status* personale, che, al contrario, rappresentava uno stigma incancellabile per il reo, al pari del marchio impresso sul corpo del condannato in epoca romana¹⁶².

¹⁶⁰ Secondo E. DOLCINI, *La “questione penitenziaria”, nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1666, inoltre, un simile intervento che allenti «le maglie della repressione nei confronti del recidivo reiterato» contribuirebbe in misura rilevante al contenimento della popolazione penitenziaria».

¹⁶¹ La normativa tedesca e quella statunitense in tema di recidiva sono state analizzate rispettivamente nei paragrafi quarto e settimo del Capitolo II del presente lavoro.

¹⁶² Sull'utilizzo del marchio nel diritto romano si veda *amplius* V. MANZINI, *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, cit., pp. 134-135, nella parte in cui rileva che tale pena infamante all'inizio veniva apposta sulla faccia del recidivo, mentre in seguito veniva impressa sulle braccia e sulle gambe.

Una recidiva, dunque, letta in una prospettiva circostanziale che, in quanto tale, rileva in sede di commisurazione della pena e non può essere espressione di istanze di pericolosità sociale, le quali «oltretutto sfonderebbero il limite della proporzione tracciato dalla colpevolezza per il fatto»¹⁶³.

Il fondamento, quindi, per potersi accordare con i principi costituzionali che regolano la commisurazione della pena non può che essere retributivo, imperniato sulla maggiore gravità soggettiva del nuovo reato. Il processo motivazionale dell'autore, infatti, si caratterizza per degli specifici contro-motivi all'azione criminosa, dati dalla precedente sentenza di condanna, che dovrebbero incentivare il soggetto a uniformarsi alla norma penale: la ricaduta nel crimine, al contrario, denota proprio una colpevolezza – intesa in senso normativo – particolarmente intensa.

Perché il giudicato possa esplicare una siffatta forza ammonitrice è necessario, tuttavia, che al documento formale ricavabile dal casellario giudiziale si aggiungano ulteriori presupposti che, in una chiave ipotetico-presuntiva, rivelino una maggiore colpevolezza: ci riferiamo, in particolare, all'omogeneità tra il primo reato e quello per cui si è dichiarati recidivi (specificità), nonché al breve lasso temporale intercorrente tra la commissione degli stessi (temporaneità).

Tali indici sintomatici, non a caso, sono già attualmente previsti nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 99, comma 2, c.p. e vengono utilizzati dalla giurisprudenza, insieme ad alcuni altri, per irrogare in concreto l'aumento di pena *ex art. 99, comma 1, c.p.* Si potrebbe allora pensare di prevederne la presenza, simultanea e necessaria, anche a livello normativo, in modo tale da circoscrivere – e non di poco – l'ambito di applicazione della recidiva semplice e al contempo dare un maggiore significato

¹⁶³ Testualmente R. BARTOLI, *Le circostanze "al bivio" tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2267. Sembra emergere una simile lettura anche in D. PULITANÒ, *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in S. VINCIGUERRA – F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 713, il quale evidenzia come «la compatibilità costituzionale di una circostanza può essere affermata ogni volta che in essa vi sia trasfuso un criterio legittimo di differenziazione della risposta al reato». Tale criterio può essere identificato nella «idea che le circostanze [...] siano giustificate se e in quanto concorrano a plasmare il disvalore tipico del reato circostanziato».

criminologico all'istituto¹⁶⁴; così facendo, inoltre, si renderebbe più plausibile il rimprovero e lo si doterebbe di una maggiore forza vincolante.

Per ciò che concerne la temporaneità, è opportuno ricordare che fin dagli anni Cinquanta si è cercato di eliminare il carattere «assurdamente perpetuo»¹⁶⁵ dell'aggravante, che mal si concilia con la finalità rieducativa della pena¹⁶⁶: già il c.d. progetto Petrocelli-Vannini del 1949, infatti, aveva introdotto il limite temporale di dieci anni dal passaggio in giudicato della prima condanna¹⁶⁷.

Più recentemente, un'indicazione analoga ci è giunta anche dal Consiglio d'Europa, tramite una raccomandazione rivolta agli Stati membri in merito alla coerenza nell'infliggere le condanne¹⁶⁸. Nel testo normativo europeo si legge che gli effetti negativi delle precedenti sentenze dovrebbero annullarsi – o, almeno, essere ridotti al minimo – qualora sia trascorso «*a significant period free of criminality*»¹⁶⁹ prima della commissione del nuovo reato.

¹⁶⁴ Si veda, sul punto, A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, 1967, p. 308 ss., il quale opera una netta distinzione tra «l'autore-tipo colpevole primario» e «l'autore-tipo più colpevole recidivo», basata in particolare sull'omogeneità dei comportamenti criminosi.

¹⁶⁵ Cfr., quasi testualmente sul punto, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 177, il quale parla di una «assurda rilevanza perpetua» della recidiva, «vero e proprio marchio indelebile nella vita futura di chi è stato colpito da una prima condanna».

¹⁶⁶ Sostiene questa tesi A. GUERRERIO, *Recidiva: le implicazioni soggettive esigono l'esplicitazione dei criteri*, cit., c. 311, poiché la perpetuità rischia di vanificare la «possibilità di valutare un ravvedimento concretamente praticato dal condannato».

¹⁶⁷ Nel 1949 venne elaborato il “progetto preliminare” da un Comitato esecutivo composto da alcuni membri della Commissione ministeriale, istituita quattro anni prima, per la revisione del codice penale. I componenti di tale comitato erano i magistrati della Cassazione Lampis, Gabrieli e Lattanzi e i professori Petrocelli e Vannini, dai quali poi derivò la comune denominazione di progetto “Petrocelli-Vannini”. In argomento si vedano *amplius* A. PAGLIARO, *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1980, pp. 479-481, il quale evidenzia la spiccata «ideologia penale della retribuzione» presente nel testo; E. GUSTAPANE, *I primi tentativi di riforma del codice penale nel secondo dopoguerra*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2005, in particolare pp. 197-200; E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 392-393. In merito alla specifica disciplina della recidiva ivi prevista si veda G. ALLEGRA, *Osservazioni generali*, in AA.VV., *Osservazioni intorno al “Progetto preliminare del codice penale (Libro I) – Luglio 1949”*, Milano, 1950, p. 20, il quale plaude la scelta di sopprimere la recidiva perpetua, che «è contraria al complesso dei nostri criteri di penalità».

¹⁶⁸ Cfr. Recommendation No. R (92) 17 of the Committee of ministers to Member States concerning consistency in sentencing, adottata il 19 ottobre 1992, in www.coe.int.

¹⁶⁹ Cfr. Recommendation No. R (92) 17, cit., lett. D, n. 3 a.

Riguardo il diverso tema della specificità, all'interno del codice Rocco vi è già una norma – l'art. 101 c.p. – che definisce, agli effetti della legge penale, i reati della stessa indole, i quali presentano «caratteri fondamentali comuni», derivanti dalla «natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li determinarono»¹⁷⁰. In un'ottica di riforma, tale disposizione, che attualmente rileva solamente nell'ipotesi della recidiva aggravata, diventerebbe il cardine dell'intero sistema, posto che dalla considerazione in ordine alla medesimezza dell'indole di due reati dipenderebbe l'applicazione (o meno) dell'aggravante¹⁷¹.

L'utilizzo, da parte nostra, del termine "reati" al posto di "delitti non colposi" non è casuale, ma voluto: sempre in una prospettiva riformatrice, si potrebbe pensare di allargare le tipologie di illeciti fondanti l'istituto. La scelta del 2005 di escludere i delitti colposi e le contravvenzioni, infatti, oltre a prefigurare un odioso «privilegio categoriale»¹⁷², risparmia fasce di criminalità particolarmente gravi e spesso caratterizzate da una vocazione seriale: basti qui pensare alla sicurezza sul lavoro, all'attività medico-chirurgica e alla circolazione stradale, peraltro oggetto di penetranti modifiche nei mesi appena trascorsi¹⁷³.

¹⁷⁰ Per una completa analisi – anche in chiave storica – di tale disposizione, si rimanda ai pregevoli lavori monografici di F. GIANNITI, *I reati della stessa indole*, Milano, 1959; G. RUGGIERO, *I reati della stessa indole*, Milano, 1958.

¹⁷¹ Secondo F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, cit., pp. 126-128, così facendo, si correrebbe il rischio di concedere un margine di discrezionalità troppo alto al giudice: l'Autore parla infatti – in merito all'ormai abrogato art. 100 c.p. – di «norme doppiamente discrezionali».

¹⁷² Efficace espressione utilizzata da T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 33. Secondo l'Autore, non vi sono ragioni sufficienti per autorizzare «a ritenere sempre e comunque irrilevante la recidiva nelle contravvenzioni e nei delitti colposi».

¹⁷³ Ci riferiamo alla legge 23 marzo 2016, n. 41, recante "Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274", in *Gazz. uff.*, 24 marzo 2016, n. 70. In dottrina si veda, per tutti, D. D'AURIA, *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 429 ss.

Beninteso, tale soluzione non amplierebbe di molto l'ambito applicativo dell'istituto, dal momento che non si potrebbe mai riscontrare la stessa indole tra un reato doloso e uno colposo¹⁷⁴, né l'omogeneità tra i delitti e le contravvenzioni¹⁷⁵.

Delimitata in questi termini la recidiva, mediante l'utilizzo di un criterio temporale e di uno sostanziale, sarebbe auspicabile anche il recupero del requisito dell'obbligatorietà, originariamente previsto dal codice del 1930 e in parte ripristinato con la legge *ex Cirielli*.

L'irrogazione automatica dell'aggravante soddisferebbe le esigenze di legalità e certezza del diritto, fondamentali in un sistema penale garantista come il nostro, ed eviterebbe il rischio di un arbitrio giudiziale, specie «di fronte ad una magistratura fortemente divisa»¹⁷⁶. D'altra parte, si potrebbe pensare di recuperare un margine di discrezionalità con la previsione di aumenti di pena non più fissi, i quali – come messo in luce dal Giudice delle leggi – mal si conciliano con il «volto costituzionale dell'illecito penale»¹⁷⁷; al contrario, essi dovrebbero essere

¹⁷⁴ Sostiene l'assenza di omogeneità tra reati dolosi e reati colposi F. ANTOLISEI, *Rilievi sui reati della stessa indole*, in F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 385: per l'Autore, infatti, vi è una profonda «differenza qualitativa» tra tali tipi di illeciti. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. I, 8 marzo 1968, Cavalieri, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1969, p. 268, nella parte in cui chiarisce che «si deve tener conto anche dell'elemento psichico e, pertanto, delitti dolosi e colposi non possono ritenersi reati della stessa indole, ai fini della recidiva».

¹⁷⁵ È questa l'idea di F. GIANNITI, *I reati della stessa indole*, cit., p. 63, secondo il quale «la commissione di un delitto e la commissione di una contravvenzione sono manifestazione di una ben diversa capacità a delinquere», requisito questo che «costituisce un carattere essenziale del concetto della stessa indole dei reati». In giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. IV, 27 febbraio 1970, Martini, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1971, p. 1106, laddove si legge che «i due reati hanno una oggettività giuridica assolutamente diversa».

¹⁷⁶ Così, condivisibilmente, F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984, p. 599, il quale sottolinea come l'unica possibilità per «sfuggire all'*arbitrium judicis*» sia quella di imporre l'applicazione obbligatoria dell'aggravante, «limitandola però alla identità dell'indole dei reati ed alla temporaneità». Valorizzano il requisito dell'obbligatorietà, quale cardine della certezza e della legalità del diritto T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 270; M. BERTOLINO, *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, cit., p. 1125.

¹⁷⁷ Efficace espressione che si ritrova in Corte cost., ord. 4 aprile 2008, n. 91, in *Giur. cost.*, 2008, p. 1107. In tale arresto, il Giudice delle leggi ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 99, comma 4, c.p., nella parte in cui prevede un aumento di pena nella misura fissa di due terzi. La incostituzionalità delle pene fisse, infatti, è da valutare con riferimento alla sanzione nel suo complesso, «non ai trattamenti sanzionatori che coniughino articolazioni rigide ed articolazioni elastiche, in maniera tale da lasciare comunque adeguati spazi alla discrezionalità del giudice, ai fini dell'adeguamento della risposta punitiva alle singole fattispecie concrete». Sul conflittuale rapporto tra pene fisse e Costituzione si veda la fondamentale pronuncia C. cost., sent. 14 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 725, con nota di C.E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*.

modulabili, riuscendo in tal modo ad adeguare la sanzione al preciso disvalore del fatto commesso.

Prospettata in questi termini la “nuova” recidiva – specifica, temporanea, obbligatoria nell’*an* ma discrezionale nel *quantum* – dobbiamo riconoscere come la stessa altro non sarebbe che una *presunzione assoluta di maggiore colpevolezza* del già reo, con le tutte le problematiche, specie di legittimità costituzionale, che ciò comporta.

Com’è noto, infatti, secondo i giudici di Palazzo della Consulta le presunzioni assolute, «specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati»¹⁷⁸; nello specifico ambito della recidiva, inoltre, è già stato censurato il rigido automatismo di cui all’art. 99, comma 5, c.p., perché non rispondente alla formula dell’*id quod plerumque accidit*¹⁷⁹.

Se riprendiamo le argomentazioni di quell’ultimo arresto, notiamo tuttavia come la Corte non abbia voluto bandire *in toto* le presunzioni e gli automatismi nella materia recidiva, stabilendo – come sostenuto da autorevole dottrina – una sorta di obbligo costituzionale di applicazione facoltativa¹⁸⁰.

Il Giudice delle leggi ha, semplicemente e condivisibilmente, dichiarato la parziale incostituzionalità di una norma mal scritta, frutto di una delle più discusse riforme degli ultimi decenni, che sanciva un aumento obbligatorio qualora il (solo) nuovo reato appartenesse a un “catalogo” di illeciti, del tutto eterogeneo e per di più pensato a fini processuali (art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p.).

¹⁷⁸ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3169 (in tema di presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere). In dottrina si vedano, per tutti, L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 18 settembre 2014; G. LEO, voce *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto del 2014*, Roma, 2014, p. 121 ss.

¹⁷⁹ Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1400, con nota di M. PELISSERO, *L’incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*. Tale pronuncia è stata analizzata in modo più approfondito all’interno del nono paragrafo del Capitolo III del presente lavoro.

¹⁸⁰ È questa l’idea di R. BARTOLI, *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l’ultimo automatismo*, cit., p. 2490. Secondo l’Autore, infatti, «quale che sia la *ratio* della recidiva, essa non può che essere discrezionale alla luce di una lettura costituzionalmente orientata».

In particolare, l'irragionevolezza dell'applicazione automatica del quinto comma dell'art. 99 c.p. emergeva chiaramente nell'ipotesi in cui vi fosse «un solo precedente, lontano nel tempo, di poca gravità e assolutamente privo di significato ai fini della recidiva»¹⁸¹.

A noi pare, tuttavia, che la “nuova” recidiva dovrebbe superare il vaglio di ragionevolezza perché la presunzione assoluta, da cui deriva l'automatismo, corrisponde al canone dell'*id quod plerumque accidit*: non è forse vero che un soggetto, condannato in via definitiva per furto, il quale commette a breve distanza temporale una rapina, manifesta una colpevolezza più intensa nel nuovo reato?

A sostegno della nostra tesi, inoltre, possiamo addurre un ulteriore argomento. Nell'ordinamento penale – ad oggi – la recidiva obbligatoria non rappresenterebbe un *unicum* ma si aggiungerebbe ad alcune peculiari ipotesi già normativamente previste.

Il riferimento va, in primo luogo, all'art. 52, comma 3, del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 74 nell'ambito delle sanzioni applicabili dal giudice di pace, ai sensi del quale il giudice deve applicare la pena della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità «nei casi di recidiva reiterata infraquinquennale». Per la dottrina, tale aggravante è senza dubbio obbligatoria e segnala la scelta legislativa di limitare il più possibile la discrezionalità del giudice di pace e recuperare la certezza della sanzione¹⁸².

Parimenti, in ambito del tutto diverso, il giudice può escludere la recidiva fra i reati comuni e quelli esclusivamente militari, salvo – *ex art. 57 c.p.m.p.* – «che si

¹⁸¹ Cfr. Corte cost., sent. 23 luglio 2015, n. 185, cit.

¹⁸² Cfr., sul punto, D. BRUNELLI, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, pp. 422-423. In favore dell'obbligatorietà dell'aggravante si esprime anche P. PITTARO, sub art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 74, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, p. 9390-9391, il quale rileva come tale scelta si ponga in netta controtendenza rispetto alla riforma del 1974. In giurisprudenza si veda Giud. pace Carinola, sent. 15 ottobre 2004, in *Corr. merito*, 2005, p. 307, secondo cui «in caso di recidiva reiterata infraquinquennale il giudice non può applicare la pena pecuniaria, dovendo bensì applicare quella della permanenza domiciliare o del lavoro di pubblica utilità».

tratti di reati della stessa indole», prefigurando quest'ultimo inciso una circostanza ad applicazione obbligatoria¹⁸³.

Ancora, nel sottosistema della responsabilità punitiva degli enti, la «reiterazione» – termine che la giurisprudenza tranquillamente parifica alla “recidiva”¹⁸⁴ – è una condizione che rende obbligatoria l'applicazione delle sanzioni interdittive (artt. 20 e 13, comma 1, lett. b, d.lgs. 231/2001)¹⁸⁵.

L'ultima ipotesi, e forse la più rilevante ai fini del nostro discorso, è quella denominata comunemente recidiva in contrabbando *ex* art. 296 del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43. All'interno del menzionato articolo, in realtà, sono disciplinate due distinte figure, una specifica (comma 1) e una reiterata specifica (comma 2)¹⁸⁶, entrambe qualificate come obbligatorie dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹⁸⁷.

Tale norma potrebbe fungere da utile metro di paragone, proprio perché – come abbiamo visto nel Capitolo precedente – è già stata oggetto di uno scrutinio

¹⁸³ Per una più approfondita analisi della norma in esame si veda D. BRUNELLI, sub art. 57, in D. BRUNELLI – G. MAZZI (a cura di), *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2001, pp. 153-154.

¹⁸⁴ Si veda Trib. riesame Milano, 28 ottobre 2004, Siemens, in *Corr. merito*, 2005, p. 319, con nota di G. VARRASO, *In tema di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti per responsabilità “amministrativa” dipendente da reato*. Nella pronuncia si legge testualmente che «la reiterazione degli illeciti di cui alla lettera b) dell'art. 13 d.lgs. n. 231/2001, è assimilabile alla recidiva».

¹⁸⁵ Ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 231/2001, «si ha reiterazione quando l'ente, già condannato in via definitiva almeno una volta per un illecito dipendente da reato, ne commette un altro nei cinque anni successivi alla condanna definitiva». Secondo R. BARTOLI, voce *Recidiva*, cit., p. 899, all'interno di tale sottosistema punitivo, la recidiva tende «ad assumere connotati non solo obbligatori, ma anche marcatamente oggettivi».

¹⁸⁶ Per il testo della norma si veda il paragrafo nono del Capitolo III del presente lavoro.

¹⁸⁷ In dottrina si vedano M.G. MAGLIO – F. GIANNELLI, *Aspetti sostanziali e processuali della recidiva in contrabbando*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 419, secondo i quali l'aumento per la recidiva è obbligatorio «poiché non solo il P.M. deve contestarla, ma il giudice deve applicarla»; G. FLORA, *Le disposizioni speciali sulla recidiva, abitudine e professionalità*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VI, *I reati doganali*, Padova, 1999, in particolare p. 140; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi amministrativi in materia tributaria, di lavoro ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, XIII ed. (a cura di C.F. GROSSO), Milano, 2014, pp. 458-459. In giurisprudenza si veda Cass. pen., Sez. I, 5 novembre 1991, Bismuto, in *Cass. pen.*, 1991, p. 2614: «la formulazione dell'art. 296 l. doganale prevede che la recidiva in contrabbando ha una connotazione autonoma rispetto a quella di cui all'art. 99 c.p. in quanto è obbligatoria e non facoltativa e va considerata come una particolare circostanza aggravante soggettiva siccome inerente alla persona del colpevole».

di legittimità costituzionale¹⁸⁸. Nell'occasione, a dire il vero non recentissima, la Corte ha ritenuto l'automatismo sanzionatorio compatibile con l'art. 3 Cost., valorizzando in particolar modo l'affinità strutturale degli illeciti, tutti ricompresi nell'ambito doganale, materia quest'ultima che necessita, inoltre, «per la delicatezza degli interessi protetti, una tutela particolarmente efficace»¹⁸⁹.

Certo, non possiamo sottacere come la giurisprudenza costituzionale relativa alle presunzioni assolute incidenti su un diritto fondamentale della persona sia oggi molto più rigorosa rispetto agli anni Settanta, tuttavia un simile precedente ci fa ben sperare riguardo al superamento del vaglio di ragionevolezza della "nuova" recidiva da noi proposta.

10. (segue) La recidiva nei progetti di riforma della parte generale del codice penale

In conclusione, ci pare opportuno analizzare i vari progetti di riforma del codice penale che sono stati elaborati negli ultimi decenni, per capire se le soluzioni in tema di recidiva ivi previste fossero in linea con quanto detto finora. Nelle pagine seguenti confronteremo, in particolare, gli approdi cui sono giunti i quattro progetti più rilevanti, ovverosia il Progetto Pagliaro¹⁹⁰, l'articolato presentato dalla

¹⁸⁸ Ci riferiamo a Corte cost., sent. 12 gennaio 1977, n. 5, in *Giur. cost.*, 1977, p. 25. Commenta criticamente tale pronuncia E. DINACCI, *Contrabbando e reati doganali*, in *Giust. pen.*, II, 1986, in particolare cc. 669-670.

¹⁸⁹ Corte cost., sent. 12 gennaio 1977, n. 5, cit.

¹⁹⁰ Cfr. Schema di disegno di legge-delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice penale, sia nella parte generale che in quella speciale. Il testo di tale noto progetto, predisposto da una Commissione, nominata nel 1988 dal Ministro di Grazia e Giustizia *pro tempore* Giuliano Vassalli e presieduta dal prof. Pagliaro, è pubblicato integralmente in M. PISANI (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, Padova, 12993, p. 10 ss.

Commissione Grosso¹⁹¹, il lavoro della Commissione Nordio¹⁹² e infine il Progetto Pisapia¹⁹³, nel quale curiosamente non vengono mai utilizzati i termini “recidiva” o “recidivo”.

Anzitutto, due sono i requisiti che accomunano le differenti proposte elaborate dalle Commissioni di studio ministeriali che si sono susseguite nel corso delle legislature: il costante inquadramento dell’istituto come circostanza aggravante comune e il suo regime applicativo obbligatorio¹⁹⁴.

In merito al fondamento, nessun articolato affronta espressamente la tematica, eccezion fatta per il Progetto Pagliaro, al cui art. 21, comma 2, si stabilisce che la recidiva deve essere «significativa di una più intensa colpevolezza per il fatto».

Tale norma – e più in generale l’intero testo – riflette quindi una disciplina commisurativa incentrata sul disvalore complessivo del singolo fatto di reato, riportato tuttavia nell’orbita della colpevolezza: le esigenze di prevenzione speciale espresse dalla capacità a delinquere giocano infatti un ruolo sussidiario, nel senso che operano «solo ai fini di attenuazione della pena» (art. 39, comma 2)¹⁹⁵.

Ritornando ad occuparci degli elementi strutturali dell’aggravante, possiamo notare come la dicotomia perpetuità-genericità sia stabilita nel solo Progetto Nordio¹⁹⁶, mentre negli altri venga coerentemente scartata in favore dell’opposto

¹⁹¹ La Commissione ministeriale per la riforma del codice penale venne istituita con D.M. del 1 ottobre 1998. L’articolato definitivo del progetto Grosso è pubblicato in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2002, p. 689 ss.

¹⁹² Le informazioni relative alla Commissione ministeriale istituita con D.M. 23 novembre 2001 sono reperibili nel sito *www.giustizia.it*. Il progetto elaborato dalla Commissione Nordio è pubblicato in *Cass. pen.*, 2005, p. 244 ss.

¹⁹³ Il lavoro della Commissione ministeriale per la riforma della parte generale del codice penale, nominata con D.M. 27 luglio 2006 e presieduta dall’avv. Giuliano Pisapia, è pubblicato in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, p. 655 ss.

¹⁹⁴ Cfr. art. 21, comma 2, Progetto Pagliaro; art. 65, comma 1, Progetto Grosso; art. 87, lett. g), Progetto Nordio; art. 19, comma 3, lett. a), Progetto Pisapia.

¹⁹⁵ Secondo B. ROMANO, *La riforma del codice penale nel progetto della Commissione Pisapia*, in *Ind. pen.*, 2008, pp. 491-492, tale postulato è innovativo rispetto ai tradizionali criteri di commisurazione della pena, tuttavia rischia di essere solamente «una affermazione “di facciata”, che potrebbe comportare più o meno consapevoli recuperi di severità sul (diverso) terreno della colpevolezza».

¹⁹⁶ L’art. 87, lett. g), infatti, prevede che «agli effetti della legge penale è recidivo chiunque, dopo aver riportato la condanna per uno o più reati, ne commette uno o più altri». Estremamente critico nei

binomio temporaneità-specificità: la mancata commissione di un nuovo reato della stessa indole per un certo lasso temporale, infatti, può «essere considerato elemento tale da far presumere il ravvedimento del reo e l'adequatezza della condanna già subita»¹⁹⁷.

In particolare, è stato ritenuto opportuno subordinare l'applicazione della recidiva a uno specifico limite cronologico, identificato – sia dall'art. 65 del Progetto Grosso che dall'art. 19, comma 3, lett. a), di quello presentato dall'avv. Pisapia – nel quinquennio al passaggio in giudicato della prima sentenza di condanna¹⁹⁸.

Sempre in una prospettiva di riduzione dell'ambito applicativo e di razionalizzazione della disciplina, viene valorizzato il requisito dell'omogeneità strutturale tra i vari illeciti, i quali, per poter fondare l'aumento di pena, devono appartenere quindi alla “stessa indole”. Desta perplessità, tuttavia, la scelta di richiedere una valutazione in concreto dei caratteri fondamentali comuni tra i reati: il rischio, forse non troppo considerato, è quello di spalancare ai giudici le porte della discrezionalità nell'applicazione dell'aggravante, vanificando così il suo regime obbligatorio e, in fin dei conti, la certezza stessa del diritto.

Il potere discrezionale resta comunque intatto per ciò che concerne il *quantum* dell'aumento, modulabile da un minimo di un quarto a un massimo di un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato¹⁹⁹.

confronti di tale previsione è G. AMARELLI, *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, cit., in particolare pp. 202-208, secondo il quale «il Progetto Nordio si è orientato, senza remore, nel senso di uno sproporzionato ed eccessivo giro di vite che, a bene vedere, appare del tutto privo di fondamento razionale, sia sotto il profilo teleologico delle funzioni della pena, sia sotto quello empirico dei parametri criminologici» (p. 204).

¹⁹⁷ Cfr. Relazione della Commissione Pisapia, in www.giustizia.it.

¹⁹⁸ In realtà, l'originario art. 67 del Progetto Grosso, prima della modifica del 2001, prevedeva un limite temporale di dieci anni dalla prima condanna. Nella versione originaria, inoltre, il requisito della specificità era richiesto solo per le contravvenzioni e non per i delitti: critico sul punto M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «Progetto Grosso»*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, cit., p. 103, il quale parla di un «diritto penale della fedeltà o della pura difesa sociale, che nei delitti sanziona maggiormente e obbligatoriamente il tipo d'autore recidivo aspecifico oltre gli stessi limiti edittali, a prescindere da qualsiasi paradigma criminologico».

¹⁹⁹ Cfr. art. 67, comma 2, Progetto Grosso; art. 92, comma 2, Progetto Nordio; art. 19, comma 3, lett. a), Progetto Pisapia. L'unico articolato che proponeva una soluzione differente era quello presentato dal prof. Pagliaro, il cui art. 20 sanciva – quale regola generale per le aggravanti comuni – l'aumento fino a un terzo.

La soluzione, che si muove nell'ottica di una generale contrazione dell'impatto delle circostanze nella commisurazione della pena²⁰⁰, è assolutamente condivisibile, sia per lo spazio di libertà concesso all'organo giudicante sia per il dosaggio sanzionatorio, più contenuto rispetto a quello dell'attuale art. 99 c.p., ma non – come pur sostenuto da autorevole dottrina – «troppo mite»²⁰¹.

Alla luce di questa breve esposizione, possiamo tranquillamente affermare che, nel complesso, la disciplina della recidiva che scaturisce dai vari progetti di riforma rappresenta «un notevole passo avanti rispetto alla normativa vigente»²⁰², perché si circoscrive con decisione l'ambito applicativo e si fa chiarezza sul fondamento razionale dell'aggravante.

Non è un caso, allora, che, dopo il naufragio di tutti i tentativi di ricodificazione menzionati, l'ultimo disegno di legge per la riforma della parte generale del codice penale – in attesa di approvazione da parte del Senato – ripercorra le orme dei precedenti, quantomeno su questo specifico aspetto.

Il testo²⁰³ del 2013, il cui primo firmatario è l'on. Casson, delinea con estrema chiarezza i requisiti dell'istituto, che poggia le basi su ideali di stampo classico-retributivi. L'aggravante, quindi, è obbligatoria, «per garantire a tutti i recidivi eguale trattamento»; specifica, «in base all'antica convinzione che recidivo sia solo

²⁰⁰ Sul punto si veda, in merito al Progetto Grosso, A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel «progetto preliminare Grosso»: pregi e difetti di una riforma che non «rifonda»*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, cit., p. 429, il quale parla di «uno snellimento complessivo della disciplina», attuato anche mediante «una limitazione della variazione di pena collegata alle circostanze ad effetto ordinario».

²⁰¹ Considerazione critica di A. PAGLIARO, *Il reato nel progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 15, secondo cui «non bisogna trascurare, infatti, che la recidiva è oggi l'unico mezzo di cui disponiamo per stabilire, sia pure in modo approssimativo e in dipendenza dalla età del soggetto, quale ne potrà essere la carriera criminale». Si noti come – non a caso – l'Autore è stato il presidente dell'unica Commissione che aveva previsto per la recidiva un aumento superiore, *id est* fino a un terzo della sanzione da infliggere per il nuovo delitto (cfr. art. 20 Progetto Pagliaro).

²⁰² Si esprime così, riferendosi alla recidiva prevista nel Progetto Pisapia, S. MOCCIA, *Profili dialettici all'interno della Commissione. Le ragioni (alcune) di un dissenso*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, cit., p. 446, il quale tuttavia auspica la riconduzione della stessa agli indici di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. In termini non dissimili si veda P. MOROSINI, *Appunti sui lavori della Commissione per la riforma del Codice penale*, in *Quest. giust.*, 2007, 4, p. 1092, il quale plaude la scelta di abbandonare «le esemplificazioni emotive e la logica iper-repressiva della legge cd. ex Cirielli».

²⁰³ Disegno di legge S. 735 recante «Delega al Governo per la riforma della parte generale del codice penale», comunicato alla Presidenza il 30 maggio 2013 e attualmente in corso di esame in commissione, in www.senato.it.

chi ricade in un reato della stessa natura»; temporanea, posto che «l'astensione dal delitto per un certo numero di anni depone a favore del ravvedimento del reo»²⁰⁴.

Ci pare interessante osservare come la fisionomia della circostanza, nel modo in cui è stata delineata nell'articolato, è molto diversa da quella prevista originariamente dal guardasigilli Rocco e sembra avvicinarsi di più alle scelte effettuate dal Codice penale del Granducato di Toscana nel 1853, sotto l'influsso di illustri Maestri classici come Giovanni Carmignani e Francesco Carrara²⁰⁵.

L'art. 82 sanciva infatti un aumento di pena obbligatorio, che poteva arrivare sino alla metà per il nuovo reato, qualora il soggetto avesse commesso «un altro delitto della medesima specie», sempreché non fossero trascorsi più di dieci anni dalla precedente condanna alla casa di forza ovvero cinque da quella a sanzioni minori.

L'unica vera differenza concerne il requisito della compiuta espiazione della pena, assente nel d.d.l. S. 735 del 2013, ma richiesto espressamente dall'art. 83 del codice toscano: tale elemento costitutivo, infatti, rappresentava un chiaro tributo alle teorie di Carrara in merito alla «insufficienza relativa»²⁰⁶ della sanzione, che non era stata idonea a distogliere il reo dai suoi propositi criminosi.

Chiusa questa breve parentesi storica, dobbiamo soffermarci ancora su una caratteristica peculiare del disegno di legge: nell'articolato non si fa alcun riferimento alla discussa figura della recidiva reiterata, la quale, al contrario, costituiva il perno della «logica del furore»²⁰⁷ che aveva animato la riforma *ex Cirielli*²⁰⁸.

²⁰⁴ Cfr. Disegno di legge S. 735, cit.

²⁰⁵ Il testo del codice penale si può rinvenire all'interno del *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, ristampa anastatica, Padova, 1993, p. 1 ss. Per una disamina più approfondita sull'argomento si rimanda al paragrafo quinto del Capitolo I del presente lavoro.

²⁰⁶ Cfr., sul punto, F. CARRARA, *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, cit., pp. 131-133, secondo il quale la pena si è «dimostrata insufficiente relativamente alla sensibilità» del recidivo, di talché «per non fare atto effimero dei difesa bisogna aumentarla».

²⁰⁷ Si esprime così T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, cit., p. 32. L'Autore sostiene che il regime differenziato previsto per il recidivo reiterato «si iscrive nella logica del furore, non in quella della ragione».

²⁰⁸ Si noti che la recidiva reiterata non era prevista neppure nei Progetti Pagliaro, Grosso, Pisapia e Nordio. Quest'ultimo testo, in particolare, è stato licenziato durante la medesima legislatura nella quale ha trovato approvazione la legge *ex Cirielli*, che invece ha posto l'aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p. al centro di una politica criminale repressiva. Sul punto si veda G. AMARELLI, *Caratteri*

Il doppio binario tracciato nel 2005 (e tuttora parzialmente in vigore) per il già recidivo raggiunge vette di indiscriminata severità, rasentando un «vero e proprio accanimento»²⁰⁹ nei suoi confronti. Il legislatore nazionale, al pari di quello statunitense, ha esasperato il significato criminologico della terza ricaduta nel crimine mediante la predisposizione di un numero assai rilevante di presunzioni assolute a carico del soggetto a cui sia stata applicata l'aggravante *ex art. 99, comma 4, c.p.*

Nonostante i correttivi posti in essere dalla Corte costituzionale²¹⁰ e dal legislatore, quantomeno in sede esecutiva e penitenziaria²¹¹, il quadro attuale è ancora sconcertante. Sono difatti diverse le disposizioni che modificano *in peius* il trattamento sanzionatorio complessivo del recidivo reiterato: si pensi – a titolo esemplificativo – alle limitazioni al giudizio di bilanciamento e all'irrogazione delle attenuanti generiche; all'aumento minimo nelle ipotesi di reato continuato nonché all'allungamento dei termini prescrizionali; infine, alle preclusioni al c.d. patteggiamento allargato e ai benefici previsti in sede penitenziaria.

In una prospettiva di riforma, allora, ci sentiamo di condividere la proposta “abolizionista” presentata nel testo attualmente all'esame del Senato: eliminando la specifica aggravante di cui all'art. 99, comma 4, c.p., verrebbero conseguentemente meno gran parte degli effetti indiretti che, proprio perché legati allo *status* di pericolosità sociale e non alla colpevolezza dell'agente, rendono il sistema recidiva così irrazionale.

Un simile intervento legislativo, inoltre, riuscirebbe a cogliere due ulteriori obiettivi: in primo luogo, circoscriverebbe le conseguenze negative dell'applicazione della recidiva, che al momento vanno ben oltre la sfera di commisurazione della pena; d'altro canto, eviterebbe ulteriori declaratorie di

e limiti della disciplina delle circostanze del reato, cit., p. 201, laddove afferma che il Progetto Nordio ha svolto «una funzione di “laboratorio sperimentale”» per il legislatore del 2005.

²⁰⁹ Significativa espressione utilizzata da E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 540.

²¹⁰ Per una completa ricognizione dei vari interventi del Giudice delle leggi in tale ambito si rimanda al Capitolo III del presente lavoro.

²¹¹ Cfr. il già citato e analizzato decreto “svuota-carceri”: decreto-legge 1 luglio 2013, n. 78.

(parziale) illegittimità a istituti – come quelli di cui agli art. 69, comma 4, e 62 *bis*, comma 2, c.p., nonché quelli presenti all'interno dell'ordinamento penitenziario – la cui configurazione attuale non sembra armonizzarsi con i principi fondamentali della Costituzione.

CAPITOLO V

Carcere e recidiva: un binomio indissolubile?

SOMMARIO: 1. Dalla punizione del recidivo all'abbattimento dei tassi di recidiva – 2. La problematica definizione dei tassi di recidiva – 3. Brevi cenni sul sovraffollamento in Italia: dalle condanne europee alle misure nazionali per arginare il fenomeno – 4. Un nuovo modo di intendere il carcere: le linee guida europee su carcere aperto e sorveglianza dinamica – 5. Segue: La situazione italiana e le circolari del DAP – 6. Il carcere aperto funziona? Alcuni spunti tratti dall'esempio norvegese – 7. Il “quasi esperimento” presso la casa di reclusione di Bollate – 8. Riflessioni conclusive

1. Dalla punizione del recidivo all'abbattimento della recidiva

Finora ci siamo occupati delle svariate modalità con le quali l'ordinamento, nel corso del tempo, ha deciso di modellare l'aggravante di cui all'art. 99 c.p., mettendo in luce le problematiche – specie di ordine costituzionale – che l'arduo inquadramento di un simile istituto all'interno del codice comporta.

In questa parte finale del lavoro, invece, cambieremo radicalmente prospettiva e ci soffermeremo sul legame intercorrente tra la pena detentiva e la ricaduta nel crimine, per capire se, come generalmente si ritiene, il carcere sia una «fabbrica di recidiva»¹.

¹ Evocativa immagine delineata da D. CAMPANA, *Condannati a delinquere? Il carcere e la recidiva*, Milano, 2009, p. 119. Descrive in termini negativi il carcere anche M. RUOTOLO, *Obiettivo carcere*:

A nostro parere, tale analisi si rende necessaria per almeno due motivi, altrettanto importanti: in primo luogo, lo Stato deve intervenire per abbattere gli elevati tassi di recidiva, che incidono sull'ingente spesa sostenuta dal Paese per il mantenimento dei detenuti, del personale amministrativo e di sorveglianza nonché delle fatiscenti strutture. Lo stesso Ministro della Giustizia Orlando, non più tardi di alcuni mesi fa, ha sottolineato come il sistema carcerario «costa ogni anno quasi tre miliardi, ma genera tassi di recidiva tra i più alti d'Europa», che si aggirano intorno al 56%².

Una percentuale così elevata, d'altra parte, ha delle ricadute non indifferenti anche sul numero complessivo dei reclusi negli istituti penitenziari, andando in tal modo a peggiorare la già critica situazione del sovraffollamento, per la quale l'Italia è stata condannata più volte in ambito europeo, da ultimo con la celebre sentenza Torreggiani³.

Nelle pagine seguenti, quindi, analizzeremo i dati statistici relativi al tasso di ricaduta nel crimine dei soggetti provenienti da una pregressa esperienza di esecuzione penale e ci interrogheremo sulla possibilità di contemplare una nuova idea di carcere, che contribuisca in modo effettivo al recupero del già reo e rispetti maggiormente il dettato di cui all'art. 27, comma 3, Cost. Com'è stato acutamente osservato, infatti, la recidiva «costituisce un parametro per misurare il successo dell'attività rieducativa»⁴: la sua assenza è indice del raggiungimento, da parte dell'ordinamento, degli obiettivi di risocializzazione posti dalla Carta costituzionale.

guardando al futuro (con un occhio al passato), in *Quest. giust.*, 2015, 2, p. 57, laddove lo assimila a una «discarica sociale».

² Cfr. le dichiarazioni del Ministro Orlando in merito al problema del sovraffollamento nelle carceri italiane, riportate in *www.ansa.it*, 18 aprile 2016.

³ Cfr. Corte Edu, Sez. II, sent. 8 gennaio 2014, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*. Ci occuperemo in modo più approfondito di tale pronuncia nel paragrafo terzo del presente capitolo.

⁴ È questa l'idea di F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crimin.*, 2007, p. 7.

2. La problematica definizione dei tassi di recidiva

Il fenomeno della recidiva di coloro che hanno già scontato una pena detentiva è – almeno nel panorama domestico – poco conosciuto quanto alla sua reale entità⁵. Se è vero che tale tematica entra periodicamente nel dibattito politico e giuridico, suscitando un forte allarme sociale, non si può tuttavia soprassedere sul fatto che nella materia vi è un’oggettiva scarsità di monitoraggi ufficiali e un’ancor più carente numero di indagini empiriche.

Le insufficienze segnalate derivano in buona parte dalla problematica definizione del concetto di recidiva⁶. Com’è noto, infatti, nel nostro ordinamento è considerato recidivo *ex art. 99 c.p.* colui che «dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro»; a tale figura semplice, il codice, sempre nel medesimo articolo, affianca le ulteriori forme di recidiva mono-aggravata e pluri-aggravata, nonché la particolare variante della reiterata.

Le definizioni giuridiche ivi previste, benché chiare e precise, non risultano sempre funzionali agli obiettivi della ricerca empirica né coincidono con i metodi di rilevazione dei dati statistici. Cosa debba intendersi per recidiva in tali ambiti, infatti, «non è un criterio assoluto, universalmente adottato dalla comunità scientifica», ma è piuttosto «il frutto di una scelta contingente adottata dal ricercatore»⁷.

Così, alcune studi hanno individuato come recidivante l’individuo che ha subito nuove condanne in seguito alla conclusione dell’esecuzione di una misura

⁵ Cfr., sul punto, L. MANCONI – G. TORRENTI, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015, p. 219, i quali – non a caso – parlano di «un grave deficit conoscitivo in materia di recidiva».

⁶ In argomento si veda *amplius* A. PALOSCIA, *Problematica relativa al metodo di rilevazione statistica per la categoria dei “recidivi”*, in *Rass. pen. crimin.*, 1986, p. 21 ss., la quale mette in luce le differenze tra il concetto giuridico di recidiva e il diverso metodo di rilevazione utilizzato dall’I.S.T.A.T., laddove si utilizza la categoria dei condannati con precedenti penali, che non coincide con la definizione di cui all’art. 99 c.p.

⁷ Così, testualmente, G. TORRENTE, *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, in G. CAMPESI – L. RE – G. TORRENTE (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, Torino, 2009, p. 227.

alternativa⁸, in altri si è fatto riferimento al solo concetto di recidiva specifica⁹, mentre in altri ancora al reingresso negli istituti di pena di soggetti in precedenza scarcerati¹⁰.

Il secondo problema metodologico riguarda il tempo di riferimento: è evidente, infatti, che i risultati relativi a periodi di osservazione di sei mesi difficilmente possono essere paragonati a quelli ottenuti in seguito a lassi temporali ben più lunghi, che possono arrivare sino a cinque anni.

Al di là di tali oscillazioni definitorie, tuttavia, un dato è certo: il tasso di recidiva di coloro che hanno alle spalle una precedente esperienza detentiva totalmente intramuraria è assai elevato¹¹.

Tale affermazione è suffragata, in primo luogo, dalla ricerca condotta dal direttore dell'Osservatorio delle misure alternative presso il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria del Ministero della Giustizia. Le rilevazioni hanno confermato come, tra gli oltre cinquemila condannati scarcerati nel 1998, più del 68% degli stessi ha fatto nuovamente ingresso in carcere nei sette anni successivi con una condanna definitiva a proprio carico, a fronte di una percentuale notevolmente più bassa di soggetti recidivi provenienti da una misura alternativa, inferiore a due su dieci¹².

Parimenti significativi sono i dati relativi ai reclusi che hanno beneficiato dell'indulto del 2006¹³: su un campione di circa ventisette mila soggetti, quasi il 27%

⁸ Ci riferiamo alla ricerca svolta da F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, cit., p. 7 ss.

⁹ Tale scelta è stata effettuata da E. SANTORO – R. TUCCI, *L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica*, in *Rass. pen. crimin.*, 2006, p. 79 ss.

¹⁰ Metodo utilizzato da G. TORRENTE, *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, cit., p. 224 ss.

¹¹ Si veda, a tal proposito, C. PECORELLA, *Quale futuro per la pena detentiva?*, in S. BUZZELLI (a cura di), *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, Roma, 2012, p. 47, la quale afferma come tutti gli studi realizzati sulla recidiva dimostrano che la percentuale di ricaduta nel reato è maggiore tra le persone che hanno scontato la pena in carcere rispetto a quelle che hanno potuto beneficiare di sanzioni differenti, «soprattutto se connotate dall'obiettivo di non far percepire al reo il male arrecato, ma di aiutarlo a costruirsi un futuro nel rispetto delle regole».

¹² Cfr. F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, cit., p. 23, grafico n. 11. Nel 1998 sono stati scarcerati 5.772 condannati, dei quali 3.951 (68,45%) hanno fatto rientro in carcere entro il 2005. La percentuale di recidivi provenienti da misura alternativa, nel medesimo lasso temporale, si aggira invece attorno al 19%: 1.677 su 8.817.

¹³ Legge 31 luglio 2006, n. 241, recante "Concessione di indulto", in *Gazz. uff.*, 31 luglio 2006, n. 176.

è rientrato in carcere nel breve lasso temporale di due anni, mentre la percentuale non supera il 18% fra gli *ex* detenuti in misura alternativa al momento dell'entrata in vigore della legge¹⁴.

A tali indagini empiriche si devono aggiungere le risultanze dei monitoraggi ufficiali, sebbene il Ministero della Giustizia non abbia mai rilevato in maniera specifica le informazioni concernenti la recidiva, intesa nel suo senso tecnico-giuridico di aggravante *ex* art 99 c.p. per la commissione di un nuovo delitto non colposo¹⁵.

Ad ogni modo, si dimostrano di particolare interesse per la nostra trattazione le indicazioni fornite dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria sul numero di reclusi con alle spalle precedenti carcerazioni. Gli ultimi dati disponibili, relativi al 31 dicembre 2012¹⁶, evidenziano una situazione estremamente negativa e preoccupante, nella quale oltre il 67% dei detenuti italiani e il 37% di quelli stranieri¹⁷ ha alle spalle una o più carcerazioni precedenti.

Una rilevazione numericamente inferiore, nella quale tuttavia sono rientrano sia i soggetti italiani che gli stranieri, è quella riportata all'interno statistiche giudiziarie I.S.T.A.T.¹⁸, nelle quali si legge espressamente come nel corso del 2011

¹⁴ Cfr. G. TORRENTE, *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, cit. p. 252, tabella n. 4. Tra i 27.607 soggetti liberati dalla detenzione, ben 7.445 (26,97%) sono rientrati in carcere nei ventisei mesi successivi, mentre tra i 7.615 che erano in misura alternativa, solo 1.414 (18,57%).

¹⁵ Secondo L. MANCONI – G. TORRENTI, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, cit., p. 193, infatti, le rilevazioni ufficiali si occupano solamente «dei flussi in ingresso in carcere, ma le informazioni fornite non sono sufficienti per potersi fare un'idea precisa sulla metodologia utilizzata»

¹⁶ Cfr. Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, Ufficio per lo Sviluppo e la Gestione del Sistema Informativo Automatizzato - Sezione statistica, *Caratteristiche socio-lavorative, giuridiche e demografiche della popolazione detenuta. Situazione al 31 dicembre 2012*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 gennaio 2013, con breve commento di G.L. GATTA, *Dal DAP un quadro aggiornato sulle caratteristiche socio-lavorative, giuridiche e demografiche della popolazione detenuta, nonché sulla capienza degli istituti di pena*. Per la precisione, la percentuale dei detenuti italiani presenti alla data indicata con oltre una pregressa carcerazione è del 67,5% (28.482 su 42.209), mentre per gli stranieri si scende al 36,7% (6.839 su 14.881).

¹⁷ Nella tabella si precisa che «per gli stranieri il numero di carcerazioni precedenti potrebbe essere sottostimato a causa delle maggiori difficoltà nell'identificazione di questi soggetti rispetto agli italiani» (p. 33 del rapporto).

¹⁸ Si veda I.S.T.A.T., *I detenuti nelle carceri italiane. Anno 2011*, in www.istat.it, 18 dicembre 2012.

«il 45,6% dei detenuti non ha avuto carcerazioni precedenti, il 41,8% ne ha avute da una a quattro e il restante 12,6% più di cinque»¹⁹.

Alle statistiche appena riportate si possono aggiungere le rilevazioni sui condannati con sentenza irrevocabile iscritti nel casellario giudiziale: sempre nel 2011, il numero di soggetti ai quali era stata applicata la recidiva *ex art. 99 c.p.* era superiore ai trentamila²⁰.

Il dato più recente, infine, lo si ricava dall'XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione²¹, secondo il quale – al 31 dicembre 2013 – dei 62.536 reclusi presenti negli istituti di pena italiani, più della metà erano già stati in carcere una o più volte²².

Alla luce delle indagini empiriche e dei rilevamenti ufficiali esposti, possiamo formulare alcune brevi osservazioni.

Sebbene ogni ricerca abbia definito in modo (parzialmente) diverso il concetto di recidiva cui fare riferimento, si può agevolmente constatare come i tassi di reingresso in carcere dopo una precedente esperienza detentiva intramuraria siano assai elevati e di regola superino il 50% del campione prescelto. Da ciò si evince, in primo luogo, «il sostanziale fallimento del carcere nella prevenzione della criminalità»²³ e, inoltre, la cospicua incidenza dei soggetti recidivi nel problema del sovraffollamento della popolazione penitenziaria italiana.

¹⁹ Cfr. I.S.T.A.T., *I detenuti nelle carceri italiane. Anno 2011*, cit., p. 1.

²⁰ Tale cifra è ricavabile dal sito <http://dati.istat.it>. In particolare, nel 2011 sono stati 30.796 i soggetti condannati con l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 99 c.p.

²¹ Cfr. Antigone, *Oltre i tre metri quadri. XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, Edizioni Gruppo Abele, 2015.

²² Antigone, *Oltre i tre metri quadri. XI Rapporto nazionale sulle condizioni di detenzione*, cit., p. 12. Più precisamente, il rapporto chiarisce come ben 35.709 soggetti avessero già avuto una pregressa esperienza in carcere.

²³ Si esprime così G. JOCTEAU, *I numeri del controllo penale*, in G. CAMPESI – L. RE – G. TORRENTE (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, cit., p. 200. L'Autore giunge a una simile conclusione dopo aver confrontato le rilevazioni sull'andamento della popolazione penitenziaria con il numero di condannati con precedenti penali negli anni.

3. Brevi cenni sul sovraffollamento carcerario in Italia: dalle condanne europee alle misure nazionali per arginare il fenomeno

Come detto, dai numeri citati si capisce quanto il fenomeno della ricaduta nel crimine incida *in peius* sull'endemico problema del sovraffollamento delle carceri italiane²⁴, sul quale pare opportuno soffermarci, seppur in modo conciso.

Secondo le ultime rilevazioni ufficiali, alla data del 31 ottobre 2016, i detenuti presenti erano 54.912, con un tasso di sovraffollamento che superava il 109%²⁵. Tale percentuale, sebbene in calo rispetto agli anni precedenti, proietta ancora l'Italia agli ultimi posti in Europa, dove la media è del 92%²⁶: infatti, secondo il rapporto SPACE I del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria, pubblicato nel dicembre 2015, solo l'Ungheria, la Grecia, l'Albania, il Belgio, il Portogallo e la Serbia si comportano peggio del nostro Paese²⁷.

Certo, la situazione odierna è tuttora critica, ma non può essere certo definita «angosciante»²⁸ come quella che si presentava fino a poco tempo fa (2011), quando

²⁴ Dalle statistiche pubblicate sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it) e dai dati riportati in G. JOCTEAU, *I numeri del controllo penale*, cit., p. 199, tabella n. 7, si può appurare che il sovraffollamento non è – come si potrebbe pensare – un fenomeno degli ultimi anni, ma caratterizza il nostro sistema penitenziario fin già dai primi anni Novanta.

²⁵ Cfr. le statistiche della popolazione carceraria (aggiornate al 31 ottobre 2016) sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it).

²⁶ Cfr. Council of Europe. Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations. Survey 2014, in www.penalecontemporaneo.it, 16 marzo 2016, con commento di E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, il quale sottolinea come il problema del sovraffollamento carcerario sia «in fase di lento ridimensionamento a livello europeo, sia pure con rilevanti differenze tra Stato e Stato».

²⁷ Cfr. Council of Europe. Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations. Survey 2014, cit., p. 37. In particolare i tassi di sovraffollamento dei Paesi citati nel testo sono i seguenti: Ungheria 142%, Grecia 121,4%, Albania 119,9%, Belgio 129%, Portogallo 111,2%, Serbia 110,1%. Il problema del sovraffollamento carcerario non investe solo l'Europa, ma tocca anche gli Stati Uniti: cfr. M. LOMBARDI STOCCHETTI, *Il carcere negli U.S.A., oggi: una fotografia. Il rapporto "Prisoners in 2013" dello U.S. Justice Departement*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 dicembre 2014, la quale evidenzia come – alla fine del 2013 – il numero dei detenuti in California rappresentava il 142,7% del numero dei posti effettivamente disponibili (p. 9).

²⁸ Definisce in tal modo la condizione detentiva determinata dal sovraffollamento A. GIARDA, *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, in *Corr. merito*, 2012, p. 219.

i detenuti erano oltre sessantaseimila e il tasso di sovraffollamento raggiungeva quasi il quoziente record del 150%²⁹.

Una decisa spinta verso il miglioramento di un simile contesto penitenziario è giunta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, con la celebre pronuncia Sulejmanovic³⁰, ha condannato per la prima volta il nostro Paese per la violazione dell'art 3 CEDU – disposizione che, com'è noto, vieta in modo assoluto la sottoposizione a tortura o a trattamenti inumani o degradati – a causa delle condizioni detentive in cui era costretto il ricorrente.

Nello specifico, la Corte, riprendendo i principi più volte espressi nella propria giurisprudenza³¹, ha statuito che il sovraffollamento, oltre un certo limite – in particolare, laddove lo spazio vitale a disposizione del singolo sia inferiore ai tre mq – costituisce «di per sé un trattamento inumano o degradante»³².

L'enorme peso politico, oltre che giuridico, di tale condanna ha indotto il Governo italiano ad adottare, nei mesi immediatamente successivi, alcune contro-misure, quali la dichiarazione dello “stato di emergenza”, a seguito del quale è stato approvato un “piano carceri” finalizzato alla costruzione di nuovi edifici penitenziari³³. L'efficacia di tali progetti, in realtà, si è rivelata alquanto scarsa, visto

²⁹ Cfr. I.S.T.A.T., *I detenuti nelle carceri italiane. Anno 2011*, cit., p. 1, laddove si legge che al 31 dicembre 2011 erano detenute nelle carceri italiane 66.897 persone; il numero di detenuti presenti era di gran lunga superiore alla capienza regolamentare, fissata a 45.700 posti.

³⁰ Cfr. Corte Edu, Sez. II, sent. 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*. Per un commento a tale pronuncia si veda, per tutti, L. EUSEBI, *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto dalla Corte eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4955 ss.

³¹ Per una completa ricognizione della giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 3 si rimanda al lavoro di A. COLELLA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 1, p. 221 ss.

³² Cfr. Corte Edu, Sez. II, *Sulejmanovic c. Italia*, cit., § 43.

³³ La “dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale” deriva dal decreto emanato il 13 gennaio 2010 della Presidenza del Consiglio dei Ministri; in seguito, l'ordinanza n. 3861 del 19 marzo 2010 ha portato alla nomina di un Commissario straordinario del Governo per la gestione del “piano carceri”. In argomento si veda *amplius* A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014*, n. 36, Torino, 2014, pp. 3-4.

che dei diciottomila nuovi posti previsti nel piano ne sono stati creati – ad oggi – poco più di quattromila³⁴.

Oltre agli interventi di edilizia penitenziaria, necessari ma evidentemente non sufficienti a risolvere il problema, lo Stato si è mosso anche a livello legislativo, approvando alcuni provvedimenti finalizzati a ridurre il numero delle presenze in carcere.

Ci riferiamo, in primo luogo, alla legge 26 novembre 2010, n. 199³⁵, mediante la quale ha fatto ingresso nell'ordinamento lo strumento dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive sino a un anno³⁶.

La misura è stata in seguito estesa alle pene sino a diciotto mesi dal secondo provvedimento a carattere deflattivo, ovverosia il d.l. 22 dicembre 2011, n. 211³⁷, che si è occupato inoltre del fenomeno delle cc.dd. porte girevoli, modificando l'art. 558 c.p.p.: l'obiettivo era quello di arginare il notevole flusso di soggetti che quotidianamente fanno ingresso in carcere a causa di un arresto, per poi uscirne, a breve distanza, in seguito all'udienza di convalida³⁸.

Tali interventi, benché indubbiamente utili allo scopo³⁹, non sono riusciti ad incidere in modo sufficientemente deciso sulla piaga del sovraffollamento, tant'è che nel gennaio 2013 l'Italia è stata nuovamente condannata per violazione dell'art.

³⁴ Dato desunto dalle statistiche pubblicate sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it), raffrontando la capienza regolamentare degli istituti penitenziari nel 2010 (45.700) e quella attuale (49.786).

³⁵ Legge 26 novembre 2010, n. 199, recante "Disposizioni relative all'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori ad un anno", in *Gazz. uff.*, 1 dicembre 2010, n. 281.

³⁶ Analizzano in maniera più approfondita tale provvedimento A. GIARDA, *La legge "svuota-carceri": un intervento di buona volontà per un'emergenza drammatica*, in *Corr. merito*, 2011, p. 121 ss.; F. DELLA CASA, *Approvata la legge c.d. svuota carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5 ss.

³⁷ Decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, recante "Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri", in *Gazz. uff.*, 22 dicembre 2011, n. 297, convertito con modificazioni dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9 (in *Gazz. uff.*, 20 febbraio 2012, n. 42).

³⁸ Per un commento, in termini critici sulla reale efficacia di tale testo normativo, si rimanda a S. TURCHETTI, *Emergenza carceri: una prima risposta dal Governo Monti*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2012.

³⁹ Esprimono un giudizio positivo su tali provvedimenti F. RESTA, *Nella giusta direzione: il decreto-legge "salva-carceri"*, in *Giur. merito*, 2012, p. 546, laddove afferma che gli stessi segnano «un punto importante nella politica penitenziaria e, in particolare, nel tentativo di contrastare il sovraffollamento delle carceri»; F. FIORENTIN, *Carceri, quarant'anni tra luci e ombre nell'assenza di risorse*, in *Guida dir.*, 2015, 42, p. 18, il quale para di «cauto ottimismo».

3 CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con l'oramai altrettanto celebre pronuncia Torreggiani⁴⁰.

A differenza del precedente arresto, in quest'ultimo caso i giudici di Strasburgo hanno utilizzato lo strumento della "sentenza pilota"⁴¹, il che comporta una duplice conseguenza: da un lato, la sospensione di tutti i ricorsi dei detenuti italiani aventi ad oggetto il riconoscimento della stessa violazione patita dal ricorrente; dall'altro, la concessione al nostro Paese di un periodo annuale dalla data del passaggio in giudicato della pronuncia per adottare significative misure strutturali tali da porre rimedio al problema del sovraffollamento «sul lungo periodo»⁴².

Su tale scia si collocano due ulteriori provvedimenti, emanati dal legislatore per far fronte agli obblighi imposti dalle statuizioni europee⁴³.

Il primo, già analizzato nel Capitolo precedente, è il d.l. 1 luglio 2013, n. 78⁴⁴, che ha ampliato i poteri del Pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 9, c.p.p. e ha parzialmente eliminato gli automatismi che impedivano o rendevano più arduo l'accesso ai benefici penitenziari a determinate categorie di condannati – in particolare, i recidivi reiterati – sulla base di presunzioni assolute di pericolosità⁴⁵.

⁴⁰ Cfr. Corte Edu, Sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit. Sull'arresto si vada, per tutti, M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.

⁴¹ Sulla peculiare procedura che conduce all'emanazione della sentenza pilota si veda, con riferimento al caso Torreggiani, G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2013, in particolare pp. 154-155.

⁴² Cfr. Corte Edu, Sez. II, , *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., § 93.

⁴³ Per un quadro generale delle modifiche apportate da tali decreti si veda il recente lavoro di F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015.

⁴⁴ Decreto-legge 1 luglio 2013, n. 78, concernente "Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena", in *Gazz. uff.*, 2 luglio 2013, n. 153, convertito con modifiche nella legge 9 agosto 2013, n. 194, (in *Gazz. uff.*, 19 agosto 2013, n. 193).

⁴⁵ Per un'analisi più approfondita di tale provvedimento si rimanda al paragrafo ottavo del Capitolo IV del presente lavoro. In dottrina si veda A. DELLA BELLA, *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2013, la quale parla di «un primo apprezzabile sforzo nella giusta direzione». Esprime un giudizio positivo anche S. ARASI, *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, fasc. 1, p. 85 ss.

Con il secondo decreto, emanato il 23 dicembre 2013⁴⁶, quindi a brevissima distanza dall'altro, il legislatore è intervenuto sia sui flussi in entrata, riducendoli con la predisposizione del c.d. braccialetto elettronico, sia su quelli in uscita, mediante l'introduzione della figura della "liberazione anticipata speciale", caratterizzata da una detrazione di settantacinque giorni ogni sei mesi di pena scontata, anziché di quarantacinque, come nella liberazione anticipata ordinaria *ex* art. 54 ord. pen.⁴⁷.

Per completezza – e per far capire la gravità del problema – giova ricordare come nel periodo intercorrente tra i due decreti summenzionati sia intervenuto sul tema lo stesso Presidente della Repubblica.

Il Capo dello Stato, avvalendosi della facoltà concessagli dall'art. 87, comma 2, Cost., ha recapitato un messaggio alle Camere⁴⁸, nel quale ha invitato i parlamentari a una profonda riflessione sull'«abisso che separa una parte – peraltro di intollerabile ampiezza – della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'articolo 27 della Costituzione», per poi chiedere all'organo legislativo di «considerare l'esigenza di rimedi straordinari»⁴⁹, quali l'indulto e l'amnistia.

A noi pare, tuttavia, che i due provvedimenti d'urgenza invocati dal Presidente della Repubblica, sebbene utili nel breve termine, non possano ridurre le criticità strutturali del sovraffollamento nel medio e lungo periodo, al pari dei vari decreti "svuota-carceri" susseguitisi nel corso degli ultimi tempi. Di ciò ne è la riprova il fatto che – secondo i dati del Ministero della Giustizia – la popolazione carceraria, dopo essere bruscamente scesa in seguito ai provvedimenti "tampone"

⁴⁶ Decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, recante "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria", in *Gazz. uff.*, 23 dicembre 2013, n. 300, convertito con modificazioni nella legge 21 febbraio 2014, n. 10 (in *Gazz. uff.*, 21 febbraio 2014, n. 43)

⁴⁷ Per un quadro complessivo di tutte le novità introdotte dal decreto si vedano A. MANNA, *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, in particolare pp. 16-20; L. FILIPPI, *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 377 ss.

⁴⁸ Cfr. *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria* (Roma, 8 ottobre 2013), in *www.senato.it*. Si sofferma su tale intervento D. PULITANÒ, *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, p. 136 ss.

⁴⁹ *Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria* (Roma, 8 ottobre 2013), cit., p. 6 e p. 9.

adottati, nel 2016 è tornata a crescere di oltre duemila unità⁵⁰ e presumibilmente il *trend* sarà lo stesso negli anni a venire.

Per cercare di risolvere il problema alla radice, allora, si dovrebbe continuare *in primis* con gli interventi di edilizia penitenziaria, in modo da aumentare la capienza degli istituti di pena. A tal proposito, è curioso notare come a tassi di sovraffollamento molto alti, non corrisponda un altrettanto elevato tasso medio di carcerazione, ovvero sia il numero di detenuti per centomila abitanti. A fronte di una media europea di 135, infatti, l'Italia si colloca ben al di sotto, con il valore di 89,3⁵¹: alla luce dei dati menzionati, pare evidente la necessità di costruire nuove – o quantomeno di ampliare vecchie – carceri.

Ma, forse, una soluzione vera e duratura può essere trovata solo ripensando profondamente le modalità di detenzione intramuraria, «aprendo le celle alla Costituzione»⁵², così da rieducare condannati ed evitare che essi ricadano in futuro nel crimine.

4. Un nuovo modo di intendere il carcere: le linee guida europee su carcere aperto e sorveglianza dinamica

L'emergenza carceraria che sta scuotendo il nostro Paese non è necessariamente una piaga, perché potrebbe rappresentare, al contrario, l'occasione

⁵⁰ Cfr. le statistiche della popolazione carceraria presenti sul sito internet del Ministero della Giustizia (www.giustizia.it): si può difatti notare come il “picco” sia stato raggiunto nel 2010 (67.961 detenuti), per poi diminuire in conseguenza dei vari decreti-legge, arrivando a “soli” 52.164 soggetti a fine 2015. Attualmente, invece, il numero è di nuovo salito fino a 54.912 reclusi. Si sofferma in modo critico sulla nuova risalita del numero di soggetti reclusi nelle carceri italiane G. TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 ottobre 2016, pp. 10-11, il quale teme un'ulteriore «infiltrazione neo-populistica».

⁵¹ Cfr. Council of Europe. Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations. Survey 2014, cit., pp. 51-52. Nel rapporto si registrano tassi particolarmente elevati in alcuni Paesi dell'Europa centrale e orientale, quali la Russia (467,1), la Lituania (305) e la Lettonia (240,3). Analizza i tassi medi di carcerazione in Italia, dalla fine dell'Ottocento agli anni Duemila M. PAVARINI, *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, p. 988, tabella n. 1.

⁵² Espressione mutuata da A. PUGIOTTO, *Aprire le celle alla Costituzione*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 223.

propizia per innovare il sistema penitenziario nel suo complesso. Detto altrimenti, con le efficaci parole di Albert Einstein, «la crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. E' nella crisi che sorge l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. Chi supera la crisi supera sé stesso senza essere "superato"»⁵³.

Un'ottima strada per ripensare il carcere sarebbe quella di seguire i principi in materia di detenzione stabiliti in ambito europeo, laddove da sempre è vivo l'interesse per un'espiazione di pena improntata a criteri di umanità, nonché finalizzata alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato.

A riprova di ciò, si possono qui ricordare le numerose sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, con le quali sono stati recentemente sanzionati alcuni Paesi membri per il mancato rispetto dell'art. 3 CEDU, soprattutto a causa del sovraffollamento: dalla già citata pronuncia Torreggiani, infatti, è nato un filone giurisprudenziale di "sentenze-pilota", emesse nei confronti della Russia, dell'Ungheria, del Belgio e della Bulgaria⁵⁴.

In realtà, gli organismi internazionali si occupano di tale spinosa tematica da oltre cinquant'anni, fin dalla Risoluzione ONU del 1955, adottata al termine del primo congresso per la prevenzione e il trattamento degli autori di reati⁵⁵.

Il punto cardine delle "regole minime" ivi sancite è il seguente: «la carcerazione e le altre misure che hanno per effetto di togliere un delinquente dal

⁵³ A. EINSTEIN, *Come io vedo il mondo. La teoria della relatività*, Milano, 1960, *passim* (ripresa, in modo parzialmente diverso, da R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere. (Appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, pp. 385-386).

⁵⁴ Cfr. Corte Edu, Sez. II, , *Torreggiani e altri c. Italia*, cit.; Corte Edu, Sez. I, sent. 10 gennaio 2012, ric. nn. 42525/07, 60800/08, *Ananyev e altri c. Russia*; Corte Edu, Sez. II, sent. 10 marzo 2015, ric. nn. 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, e 64586/13, *Varga e altri c. Ungheria*; Corte Edu, Sez. II, sent. 25 novembre 2014, ric. n. 64682/12, *Vasilescu c. Belgio*; Corte Edu, Sez. IV, sent. 27 gennaio 2015, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 e 9717/13, *Neshkov e altri c. Bulgaria*. Per una completa ricognizione di tali arresti e dei principi ivi stabiliti si rimanda a F. CANCELLARO, *Carceri sovraffollate, prosegue il filone Torreggiani: è il turno dell'Ungheria*, in www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015, secondo la quale gli stessi sono legati da un «fil rouge».

⁵⁵ Risoluzione ONU, adottata il 30 agosto 1955, avente ad oggetto "Regole minime per il trattamento dei detenuti", in P. COMUCCI – A. PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989, p. 169 ss.

mondo esterno sono afflittive per il fatto stesso che tolgono all'individuo il diritto di disporre di se stesso e lo privano della libertà; [...] il sistema penitenziario non deve, perciò, aggravare le sofferenze inerenti a tale situazione»⁵⁶. Per fare ciò, è necessario ridurre al massimo le differenze esistenti fra la vita libera e quella in carcere, predisponendo un apposito trattamento per ogni singolo detenuto, con una particolare attenzione alla sua istruzione e alla sua formazione professionale.

Un nucleo di regole minime per il trattamento dei detenuti è stato espresso anche dal Consiglio d'Europa, dapprima in un atto degli anni Settanta⁵⁷ e, in seguito, in una celebre raccomandazione del 1987, relativa alle "Regole penitenziarie europee"⁵⁸. L'ultimo testo, in particolare, consta di oltre cento prescrizioni, che coprono ogni aspetto della vita quotidiana del detenuto, dal vitto all'istruzione e alla disciplina, nonché al reinserimento sociale dei soggetti e al ruolo della società esterna, tant'è che è stato acutamente definito come il primo esempio di «codice penitenziario europeo»⁵⁹.

Più di recente, è intervenuta in materia un'ulteriore raccomandazione del 2006, che ha dettato le nuove "Regole penitenziarie europee"⁶⁰: in tale articolato non sono solamente ripresi i principi – come il rispetto dei diritti dell'uomo o il coinvolgimento della società civile nel percorso trattamentale del detenuto – che stavano alla base degli atti precedenti, ma vi è una parte del tutto innovativa.

Nella Regola 18, infatti, è prevista una significativa distinzione tra i locali «destinati ad accogliere i detenuti durante la notte», che devono essere ben separati

⁵⁶ Cfr. Risoluzione ONU, 30 agosto 1955, regola 57.

⁵⁷ Raccomandazione n. R (73) 6 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, concernente le "Regole minime del Consiglio d'Europa per il trattamento dei detenuti", adottata il 19 gennaio 1973, in *www.coe.int*.

⁵⁸ Raccomandazione n. R (87) 3 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, concernente le "Regole penitenziarie europee", adottata il 12 febbraio 1987, in *www.coe.int*. Per un'analisi e un confronto tra i due differenti testi si vedano *amplius* L. DAGA, *Le nuove regole penitenziarie europee*, in *Rass. pen. crimin.*, 1986, p. 445 ss.; K. NEALE, *L'insieme delle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in P. COMUCCI – A. PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, cit., p. 123 ss.

⁵⁹ Efficace espressione utilizzata da L. DAGA, *Le nuove regole penitenziarie europee*, cit., p. 446.

⁶⁰ Raccomandazione n. R (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, concernente le "Regole penitenziarie europee", adottata l'11 gennaio 2006, in *www.coe.int*. Si sofferma su tale atto I. DE AMICIS, *Fondamenti giuridici del regime detentivo aperto*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Cosenza, 2014, in particolare pp. 39-44.

– almeno nella concezione del Consiglio d’Europa – da quelli dove i soggetti «devono vivere, lavorare o riunirsi». Le condizioni di alloggio, inoltre, «devono soddisfare le misure di sicurezza meno restrittive possibili e proporzionali al rischio che gli interessati evadano, si feriscano e feriscano altre persone».

Emerge così un’idea diversa di carcere, un luogo “aperto” dove i reclusi non sono costretti a trascorrere l’intera giornata all’interno delle loro celle, ma possono stare al di fuori, occupati in attività trattamentali di varia natura. L’obiettivo è quello di fare in modo che i soggetti non si estranino del tutto dalla realtà esterna, ma sia garantito loro «un livello sufficiente di contatti umani e sociali»⁶¹.

Viene ripensato, altresì, il concetto stesso di sicurezza, posto che, in primo luogo, le misure applicabili ai detenuti «devono essere il minimo necessario per garantirne una custodia sicura» e, in seconda battuta, alla sicurezza c.d. statica, garantita da barriere fisiche e mezzi tecnici, si affianca quella c.d. dinamica, «costituita da personale all’erta che conosce i detenuti affidati al proprio controllo»⁶².

Regime detentivo aperto e sorveglianza dinamica sono quindi i due inediti aspetti, valorizzati dalla raccomandazione, che gli Stati europei dovrebbero introdurre nei propri ordinamenti per rendere la detenzione più rispettosa dei diritti dei singoli, favorendo al contempo un loro agevole reingresso in società.

Sebbene tale raccomandazione appartenga alla categoria degli atti di *soft law*⁶³ e quindi sia difficilmente azionabile in giudizio, la sua rilevanza è notevole ed è evidenziata anche dai frequenti rimandi presenti nelle sentenze della Corte Edu⁶⁴. I principi stabiliti al suo interno, inoltre, sono ripresi nel successivo Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della

⁶¹ Cfr. Raccomandazione n. R (2006) 2, cit., regola 25, comma 2.

⁶² Cfr. Raccomandazione n. R (2006) 2, cit., regola 51, commi 1 e 2.

⁶³ La locuzione *soft law* indica, nel linguaggio giuridico, una serie di fenomeni di regolazione connotati dalla produzione di norme prive di efficacia vincolante diretta e conseguentemente non azionabili o difficilmente azionabili in giudizio. Per una ricognizione dell’uso di tali strumenti da parte degli organi internazionali si rimanda a E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

⁶⁴ Si veda, a tal riguardo, Corte Edu, Sez. II, *Torreggiani e altri c. Italia*, cit., § 32, nella parte in cui riporta testualmente alcune regole della Raccomandazione n. R (2006) 2, in particolare la n. 18.

detenzione⁶⁵, presentato dalla Commissione europea in relazione al Programma di Stoccolma⁶⁶.

Lo strumento del Libro verde, benché abbia natura atipica e sia anch'esso privo di forza vincolante, ha come scopo quello di stimolare la riflessione degli Stati membri su uno specifico tema e promuovere una normativa già esistente o l'introduzione di una nuova. Al suo interno, la Commissione sottolinea come «dovrebbero proseguire le iniziative volte a promuovere lo scambio delle migliori prassi e andrebbe sostenuta l'attuazione delle regole penitenziarie europee, approvate dal Consiglio d'Europa», al fine di «tutelare i diritti fondamentali dei detenuti [...] e creare le condizioni che debbano favorire il reinserimento dopo la scarcerazione»⁶⁷.

Alla luce del quadro per sommi capi esposto, è evidente come l'Italia abbia dovuto – e debba tuttora continuare ad – adeguare il proprio ordinamento nazionale alle novità in materia di detenzione stabilite in ambito sovranazionale.

5. (segue) La situazione italiana e le circolari del DAP

Nel corso degli ultimi anni, infatti, anche nel nostro Paese si è iniziata avvertire con forza l'esigenza di rinnovare le modalità di esecuzione penale in carcere, vuoi per porre rimedio al problema del sovraffollamento, vuoi per uniformarsi alle più recenti politiche penitenziarie dell'Unione europea.

⁶⁵ Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, COM (2011) 327 definitivo, presentato a Bruxelles il 14 giugno 2011 e consultabile in www.eur-lex.europ.eu. Per un commento a tale testo si veda R. GRIPPO, *Il libro verde dell'UE sulla detenzione in Europa: un banco di prova anche per l'Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 ottobre 2011.

⁶⁶ Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (2010/C 115/01), in *Gazz. uff. Ue*, 4 maggio 2010, n. C 115. Si veda, in particolare, il punto 3.2.6., laddove si legge che «è necessario adoperarsi per promuovere lo scambio di migliori prassi e sostenere l'attuazione delle regole penitenziarie europee, approvate dal Consiglio d'Europa. Si potrebbero anche esaminare questioni quali alternative alla reclusione, progetti pilota in materia di detenzione e migliori prassi per quanto riguarda la gestione delle carceri».

⁶⁷ Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione, cit., rispettivamente p. 12 e p. 13.

Un ruolo fondamentale, in tal senso, è stato svolto dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria, che – dal 2011 in poi – ha emanato numerose circolari finalizzate a rendere l'espiazione della pena conforme alla Costituzione e ai numerosi principi (già) stabiliti nell'ordinamento penitenziario. Ci riferiamo, in particolare, alla circolare del 25 novembre 2011⁶⁸, che ha introdotto una nuova modalità di esecuzione della pena per i detenuti c.d. comuni, ovverosia per i soggetti ristretti nel circuito della media sicurezza⁶⁹.

L'atto è senza dubbio «rivoluzionario»⁷⁰, poiché disciplina – per la prima volta – in modo analitico le modalità custodiali in relazione a tale circuito, il quale, a differenza degli altri, non godeva ancora di una normativa specifica.

Nello stesso provvedimento, inoltre, sono contenute alcune previsioni con una portata fortemente innovativa, specie nella parte in cui stabiliscono l'istituzione di reparti aperti, volti a superare il criterio della perimetrazione della vita penitenziaria all'interno della camera di pernottamento. In base alle nuove disposizioni, infatti, «il perimetro della detenzione deve estendersi quantomeno ai confini della sezione, ovvero, dove possibile, anche agli spazi aperti esterni alla stessa, seguendo così l'indicazione dell'ordinamento penitenziario, sin qui non adeguatamente attuata»⁷¹.

In merito all'ultima affermazione, si deve ricordare come nella legge 26 luglio 1975, n. 354, fosse già presente una norma che definiva le celle di detenzione quali

⁶⁸ Circolare DAP, 25 novembre 2011 - Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione, in www.giustizia.it.

⁶⁹ Con il termine “circuito” si intendono strutture penitenziarie diversamente organizzate in funzione delle loro differenti attenzioni custodiali da riservare ai detenuti, in relazione al loro grado di pericolosità e/o alle loro esigenze trattamentali, per categorie omogenee a cui viene applicato uno specifico regime penitenziario. Le circolari del DAP identificano diversi circuiti (di alta sicurezza, di sicurezza attenuata, per i collaboratori di giustizia e per i detenuti protetti), per l'analisi puntuale dei quali si rinvia a F. TRISI, *Le nuove Modalità di Esecuzione della Pena: il regime penitenziario aperto*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, cit., pp. 13-14; R. DEL COCO, *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Milano, 2015, pp. 231-234.

⁷⁰ Lo definisce così A. DELLA BELLA, *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime 'aperto' per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidiario all'interno delle carceri*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 novembre 2011.

⁷¹ Circolare DAP, 25 novembre 2011 - Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione, cit.

(mere) camere di pernottamento, ben differenti dagli altri locali nei quali dovevano svolgersi le attività dei soggetti reclusi, come la formazione professionale e scolastica e il lavoro: l'art. 6 ord. pen., tuttavia, fino alla circolare in esame era rimasto lettera morta⁷².

La caratteristica principale del regime aperto, quindi, è la libertà di movimento, beninteso subordinata a una valutazione della pericolosità di ciascun soggetto: a tal riguardo, viene attribuito un "codice"⁷³ alla persona, indicante il suo rischio di evasione e la probabilità di commissione di condotte che turbino l'ordine o la sicurezza dell'istituto.

L'idea di fondo della circolare, in definitiva, è quella di elevare il grado di responsabilizzazione di ogni singolo detenuto, il quale, attraverso il proprio comportamento virtuoso, può contribuire attivamente all'adozione e al successivo mantenimento di un simile regime meno afflittivo: la violazione delle prescrizioni – come è evidente – comporta, al contrario, il ritorno al tradizionale metodo detentivo basato sulla rigida perimetrazione dello spazio.

Viene in tal modo favorita la rieducazione del condannato, poiché si stimola la sua spontanea e attiva adesione alle regole di disciplina interna e lo si costringe nelle celle, sovraffollate e spesso indecorose, solamente nel momento del pernottamento, così come previsto anche dal regolamento penitenziario (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230) e da una successiva circolare, emanata sempre dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria nel 2015.

Nell'ultimo atto citato, in particolare, si chiarisce come «il tempo minimo da trascorrere fuori dalle camere detentive sia pari almeno ad 8 ore giornaliere, salva l'esistenza di particolari esigenze di sicurezza che comportino necessarie restrizioni.

⁷² Cfr., sul punto, M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica – Dispense ISSP n. 1 (marzo 2013)*, in *www.giustizia.it*, il quale sostiene che il «carcere aperto non è altro che una tappa di avvicinamento a quanto dispone il legislatore all'art. 6 della legge penitenziaria che definisce camere di pernottamento le celle di detenzione» Per un commento all'art. 6 in esame si veda D. VERRINA, *sub art. 6*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., Padova, 2011, pp. 121-125.

⁷³ Nella Circolare DAP, 25 novembre 2011 - Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione, cit., sono disciplinati quattro diverse tipologie di codice: da quello bianco, che comporta l'immediata ammissione al regime aperto, passando per quelli verde e giallo, per finire con il codice rosso, che al contrario esclude il detenuto da tale regime.

[...] Questo implica che la custodia aperta debba prevedere necessariamente una permanenza all'esterno delle camere significativamente maggiore ma, soprattutto, il fatto che la quotidianità e i contenuti trattamentali dovranno svolgersi all'esterno della sezione, in luoghi comuni appositamente strutturati»⁷⁴.

D'altra parte, un cambiamento così epocale nel modo di pensare il carcere richiede anche delle nuove e ulteriori competenze, specie di tipo educativo, in capo agli operatori negli istituti e comporta, inoltre, una rinnovata organizzazione dei compiti di sicurezza, «in linea con quelli di polizia svolti all'esterno della realtà penitenziaria»⁷⁵. Detto altrimenti, è necessario abbandonare la concezione c.d. statica della sorveglianza, che si fonda su un controllo-custodia continuo sul detenuto, finalizzato in prevalenza a prevenire azioni lesive della sicurezza intramurale (come evasioni, risse, aggressioni o danneggiamenti) ovvero della stessa incolumità fisica del soggetto (quali suicidi e atti di autolesionismo).

Tale tipologia di vigilanza totalizzante, oltre a essere meramente ipotetica o quantomeno di utopica realizzazione, mal si concilia invero con le finalità della pena e rischia di comprimere in maniera eccessiva i diritti fondamentali dei condannati.

Al contrario, bisogna optare per un modello di sorveglianza dinamica⁷⁶, che si basa su una profonda conoscenza del detenuto: come precisato da un'ulteriore circolare del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria recante linee guida sulla materia, infatti, tale caratteristica rappresenta proprio «il fulcro su cui deve poggiare qualsiasi tipo di intervento trattamentale o securitario adeguato»⁷⁷.

La sicurezza, quindi, non deve essere considerata sotto il solo aspetto della custodia, ma è necessario che il personale conosca il condannato, in relazione al

⁷⁴ Cfr. Circolare DAP, 23 ottobre 2015 - Modalità di esecuzione della pena, in *www.giustizia.it*.

⁷⁵ Circolare DAP, 25 novembre 2011 - Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione, cit.

⁷⁶ Per una più ampia trattazione in merito alla sorveglianza dinamica, così come attuata negli istituti penitenziari italiani, si rimanda a I. DE AMICIS, *La sorveglianza dinamica*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 73 ss.; S. SIRAGUSA, *Ambiente carcerario ed esecuzione penale. Brevi riflessioni sulle dinamiche inframurarie e sulle nuove metodiche trattamentali della sorveglianza dinamica*, in *Riv. pol.*, 2015, in particolare pp. 287-289; M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica – Dispense ISSP n. 1 (marzo 2013)*, in *www.giustizia.it*.

⁷⁷ Cfr. Circolare DAP, 13 luglio 2013 – Linee guida sulla “Sorveglianza dinamica”, in *www.giustizia.it*.

reato commesso, ai suoi comportamenti, alle sue reazioni e dinamiche familiari, per poter gestire al meglio la sua quotidianità e indirizzarlo verso una piena risocializzazione. Gli attori, in questo nuovo scenario, sono sicuramente gli agenti di polizia penitenziaria, il cui ruolo viene ampliato e valorizzato, ma anche soggetti esterni dotati di specifiche competenze, come educatori, docenti di corsi di formazione, assistenti sociali, personale delle cooperative e persino datori di lavoro.

«La via del cambiamento»⁷⁸ intrapresa dall'Italia richiederà di sicuro molto tempo, anche perché in nessun documento è stato definito un modello rigido di attuazione della sorveglianza dinamica: al contrario, nelle circolari del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria vengono indicare solamente le «linee di riferimento minime e vincolanti»⁷⁹ che dovranno essere rispettate dai singoli istituti penitenziari. Questi ultimi, inoltre, dovranno essere abili nel far fronte a un impegno non indifferente sia dal punto di vista professionale, vista la necessità di adeguare le competenze della polizia penitenziaria, sia in un'ottica più prettamente economica, posto che gli strumenti per operare una simile politica carceraria paiono senza dubbio molto onerosi⁸⁰.

Al di là di tali considerazioni, ciò che qui preme sottolineare è come si sia messo in moto un meccanismo finalizzato a ridefinire profondamente il rapporto tra i detenuti e il personale addetto alla sicurezza, con l'obiettivo di dare un «valore nuovo alle dimensioni del tempo e dello spazio della detenzione nella quotidianità penitenziaria e rendere questa coerente ai principi costituzionali e ordinamentali»⁸¹.

⁷⁸ Espressione mutuata da M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica – Dispense ISSP n. 1 (marzo 2013)*, cit.

⁷⁹ Cfr. Circolare DAP, 13 luglio 2013 – Linee guida sulla “Sorveglianza dinamica”, cit., la quale prosegue così: «in tal modo il Dipartimento offre la soluzione a quelli che sono stati evidenziati come punti nevralgici, lasciando al contesto regionale e locale di adattare le linee guida ai singoli istituti».

⁸⁰ È critico, sul punto, S. SIRAGUSA, *Ambiente carcerario ed esecuzione penale. Brevi riflessioni sulle dinamiche inframurarie e sulle nuove metodiche trattamentali della sorveglianza dinamica*, cit., p. 289, secondo il quale tale visione, benché lodevole, «appare sicuramente onerosa in termini economici».

⁸¹ Si esprime così M. DE PASCALIS, *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica – Dispense ISSP n. 1 (marzo 2013)*, cit., p. 3.

6. Il carcere aperto funziona? Alcuni spunti tratti dall'esempio norvegese

Delineati per sommi capi i concetti di carcere aperto e sorveglianza dinamica, a questo punto è necessario porsi a un quesito, fondamentale per la nostra ricerca: tale nuovo modo di esecuzione intramuraria può favorire veramente la risocializzazione del reo e, di conseguenza, incidere sui tassi di recidiva?

Per rispondere alla domanda, può essere utile allargare lo sguardo oltre i confini nazionali e soffermarsi su quei Paesi dove queste modalità di esecuzione penitenziaria sono sedimentate da più tempo. Ci riferiamo, in particolare, alla Norvegia, dove – non è un caso – si registrano tassi di recidiva tra i più bassi al mondo, tant'è che persino una delegazione degli Stati Generali sull'esecuzione penale ha effettuato una visita per approfondire la normativa e il funzionamento di tale efficiente sistema penitenziario⁸².

Il principio fondamentale è quello secondo cui l'ordinamento può privare il detenuto della “sola” libertà personale, mentre tutti gli altri diritti fondamentali del soggetto – dignità *in primis* – devono essere assicurati⁸³. La vita all'interno del carcere, per tale ragione, deve assomigliare il più possibile a quella esterna⁸⁴: detto altrimenti, «se vuoi portare le persone fuori dalla prigione, devi portare la prigione fuori dalla persona»⁸⁵.

⁸² Cfr. Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli Stati Generali sull'esecuzione penale (Oslo 9-12 novembre 2015), in www.giustizia.it. A fine 2015, infatti, una delegazione composta da nove rappresentanti dei diciotto Tavoli componenti degli Stati generali sull'esecuzione della pena promossi dal Ministero della Giustizia italiano e dal Capo di Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, è stata ospitata nella città di Oslo al fine di visitare alcune strutture penitenziarie e studiare il funzionamento del sistema penitenziario norvegese.

⁸³ Cfr., sul punto, J. PRATT, *Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess*, in *British Journal of Criminology*, 2008, 48, p. 120, nella parte in cui sottolinea come «*the enforcement of the sentence must be organized so that the sentence is only loss of liberty*». In termini non dissimili si esprime W.L. ADAMS, *Sentenced to Serving the Good Life in Norway*, in *Time*, 12 luglio 2010, secondo il quale «*the punishment is to be in prison, not to lose your right as a citizen*».

⁸⁴ Cfr., sul punto, G. PLOEG, *Norway's Prisons Are Doing Something Right*, in *New York Times*, 18 dicembre 2012, laddove chiarisce come «*prison is considered part of the community, not an isolated institution. Life inside prison needs to resemble life outside*».

⁸⁵ Tale espressione, riportata in Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli Stati Generali sull'esecuzione penale (Oslo 9-12 novembre 2015), cit., appartiene a Marianne Vollan, Direttore generale del Servizio correzionale norvegese.

Un simile processo di revisione degli istituti di pena ha preso avvio più di vent'anni fa in Norvegia⁸⁶ e deriva dalla constatazione che le carceri punitive non funzionano in termini di rieducazione e di maggior sicurezza per i consociati: solo grazie a un'opera di "umanizzazione" dell'espiazione penale si possono offrire maggiori possibilità di reinserimento sociale ai detenuti, con un correlativo minor rischio di commissione di nuovi reati.

Per fare ciò, in primo luogo, le carceri sono relativamente piccole, dal momento che ospitano in media meno di cento detenuti, con il chiaro scopo di garantire a questi ultimi una continua attenzione e un percorso trattamentale adeguato⁸⁷. Un ruolo molto importante, nella realizzazione di un siffatto trattamento, viene giocato anche dalle guardie carcerarie, i cui atteggiamenti e comportamenti determinano in buona parte il successo (o meno) della riabilitazione dei soggetti⁸⁸. Gli addetti alla sorveglianza, infatti, hanno il compito di instaurare solide relazioni interpersonali con i detenuti, ritenute lo strumento fondamentale per garantire la sicurezza all'interno del carcere e prevenire tutti gli episodi di disordine.

Curioso notare come il lavoro di guardia penitenziaria sia molto ambito in Norvegia, anche se richiede un lungo periodo di formazione, pari ad almeno due anni⁸⁹: il livello professionale dello staff, proprio per le delicate mansioni affidategli,

⁸⁶ Si vedano, a tal proposito, L.D. BAER – B. RAVNEBERG, *The outside and inside in Norwegian and English prisons*, in *Geografiska Annaler: Series B: Human Geography*, 2008, p. 211, i quali osservano come «during the past twenty years, Norwegian prisons have gradually become more open».

⁸⁷ Secondo K. WARD – A.J. LONGAKER – J. WILLIAMS – A. NAYLON – C.A. ROSE – C. SIMPSON, *Incarceration Within American and Nordic Prisons: Comparison of National and International Policies*, in *ENGAGE. The International Journal of Research and Practice on Student Engagement*, 2013, pp. 38-39, vi sarebbe uno scopo ulteriore, ovvero sia quello di mantenere attive numerose carceri in diverse zone dello Stato, permettendo in tal modo ai detenuti di risiedere nelle vicinanze delle loro famiglie e del loro ambiente domestico. Di conseguenza, «Nordic prisoners can maintain their roots in their communities and family bonds, while receiving rehabilitation services within the prison walls».

⁸⁸ Tale considerazione è presente in E. KJELSBURG – T. SKOGLUND – A. RUSTAD, *Attitudes toward prisoners, as reported by prison inmates, prison employees and college students*, in *BMC Public Health*, 2007, p. 771, i quali sottolineano l'importanza del «prison officers' attitudes towards prison inmates».

⁸⁹ Cfr., sul punto, W.L. ADAMS, *Sentenced to Serving the Good Life in Norway*, cit., il quale spiega come il percorso si snodi attraverso un anno di formazione teorica e successivamente uno di formazione pratica presso un'accademia degli ufficiali.

deve essere molto elevato, sebbene ciò comporti dei rilevanti investimenti da parte dell'Amministrazione penitenziaria.

Alla sorveglianza dinamica dei detenuti si ricollega quello che indubbiamente rappresenta l'aspetto più importante del sistema penitenziario, ovvero il regime aperto, che in Norvegia viene realizzato in modo molto più efficace – forse fin troppo – rispetto alla quasi totalità degli altri Stati europei. In molte carceri, infatti, le recinzioni, i muri e le altre tipologie di barriere sono ridotte al minimo e, in alcuni casi, non sono proprio presenti⁹⁰.

Per fare qualche esempio, nel carcere costruito sull'isola di Bastøy – definito «*the shining jewel in the Scandinavian open prison system*»⁹¹ – le finestre delle celle non hanno sbarre e i detenuti, sempre nel rispetto delle regole e dei livelli di sorveglianza, possono aggirarsi nel vasto comprensorio dell'istituto, che comprende al suo interno una chiesa, una biblioteca, una serra, una falegnameria e persino un negozio, dove tali soggetti possono spendere i soldi guadagnati con il loro lavoro settimanale⁹².

Ancor più rivoluzionario è il carcere di Halden, di recente ultimazione (2010), che è stato progettato in modo tale da somigliare a un piccolo villaggio, per far sì che i condannati non si dimentichino di essere – ancora – parte integrante della società⁹³. La libertà di movimento è molto ampia, al pari delle attività che possono essere fruite dai soggetti: vi sono numerosi locali destinati allo studio e all'educazione, laboratori artigianali per vari tipi di lavorazione e persino una sala di registrazione.

⁹⁰ Si veda, sul punto, la descrizione di L.D. BAER – B. RAVNEBERG, *The outside and inside in Norwegian and English prisons*, cit., pp. 211-212.

⁹¹ Efficace espressione utilizzata da J. PRATT, *Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess*, cit., p. 123.

⁹² Una completa descrizione del carcere di Bastøy e delle sue modalità di funzionamento è svolta da E. JAMES, *The Norwegian prison where inmates are treated like people*, in *The Guardian*, 25 febbraio 2013.

⁹³ Tale considerazione relativa alla struttura del carcere appartiene a uno degli architetti che hanno contribuito a realizzarne il progetto, Hans Henrik Hoiland, il quale ha lo definito come «*an iron fist wrapped in a silk glove*» (espressione ripresa da W. L. ADAMS, *Sentenced to Serving the Good Life in Norway*, cit.). Si soffermano lungamente nella descrizione architettonica e funzionale di tale prigione J. BENKO, *The radical humaneness of Norway's Halden prison*, in *New York Times*, 26 marzo 2015; L. VESSELLA, *L'architettura del carcere a custodia attenuata. Criteri di progettazione per un nuovo modello di struttura penitenziaria*, Milano, 2016, pp. 164-170.

Colpisce molto la struttura e il funzionamento delle celle, specie se raffrontata a quelle presenti nell'esperienza italiana: ognuna di esse ospita un singolo detenuto, per di più solamente per il pernottamento⁹⁴; sono tutte dotate di molteplici confort, come libri, televisori e apparecchi tecnologici; infine sono mediamente molto ampie, dato che si sviluppano su uno spazio di dodici metri quadrati. In questa società in miniatura, l'unico elemento architettonico "di stacco" è rappresentato dall'alto muro di cinta, visibile da ogni punto dell'istituto, che ricorda costantemente ai detenuti la loro condizione di imprigionamento⁹⁵.

I due istituti appena descritti non costituiscono di certo la regola, quanto piuttosto un modello eccezionale, all'interno di un sistema penitenziario statale comunque all'avanguardia nel suo complesso, che pone una grandissima attenzione al detenuto e al suo percorso rieducativo.

L'aspetto negativo – com'è facile prevedere – riguarda i costi di gestione: secondo il già menzionato rapporto SPACE I del Consiglio d'Europa sulla popolazione carceraria, a fronte di una spesa giornaliera di 135 euro per ogni recluso effettuata dall'Italia, il corrispondente ammontare in Norvegia è quasi del triplo⁹⁶. D'altra parte, i rilevanti costi elencati sono (almeno parzialmente) ripagati dall'elevata qualità della vita garantita ai detenuti e al personale, nonché – ed è questo il dato che più interessa la nostra ricerca – dal netto decremento delle ricadute nel crimine dopo l'uscita dal carcere.

Alcuni recenti studi confermano come i tassi di recidiva degli *ex* detenuti norvegesi siano di gran lunga i più bassi tra tutti quelli considerati⁹⁷. A due anni

⁹⁴ Secondo quanto riportato in Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli Stati Generali sull'esecuzione penale (Oslo 9-12 novembre 2015), cit., le celle aprono alle ore otto e il detenuto può uscire, portando con sé le chiavi della camera, per recarsi alle varie attività giornaliere. Le porte vengono chiuse di notte dall'esterno.

⁹⁵ Cfr., sul punto, J. BENKO, *The radical humaneness of Norway's Halden prison*, cit., la quale parla di un «inescapable reminder of their imprisonment».

⁹⁶ Cfr. Council of Europe. Annual Penal Statistics SPACE I – Prison Populations. Survey 2014, cit., pp. 125-126. Nella tabella ivi presente si può leggere come, nel 2013, la media europea sia di 99 euro al giorno per ogni detenuto: l'Italia ne spende 130 mentre la Norvegia addirittura 358, superata solo dal San Marino (658 euro).

⁹⁷ Ci riferiamo allo studio condotto da S. FAZEL – A. WOLF, *A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice*, in *Journal Plos One*, 18 giugno 2015, e a quello di C.W. DEADY, *Incarceration and Recidivism: Lessons from Abroad*, in

dalla scarcerazione, infatti, solo il 20% dei soggetti commette un nuovo reato, mentre nello stesso lasso temporale la percentuale raddoppia in Svezia e nei Paesi Bassi, triplicando addirittura negli Stati Uniti; interessante anche il dato del Regno Unito, dove il 45% di coloro che sono stati in carcere vi fa nuovamente ingresso entro dodici mesi dall'uscita⁹⁸, analogamente a quanto succede nell'esperienza giapponese⁹⁹.

Al di là delle differenti caratteristiche criminologiche tra i delinquenti dei vari Paesi e delle altrettanto ingenti difficoltà nel comparare in modo corretto i dati relativi a sistemi giuridici diversi¹⁰⁰, tale divario è assai significativo e serve ad esemplificare al meglio l'efficienza del sistema penitenziario norvegese, che riesce a rieducare e reinserire il condannato all'interno della società.

Gran parte del merito è dovuto ai mirati percorsi trattamentali, nei quali si cura dettagliatamente l'educazione e la formazione professionale, che rappresentano il «vero motore del cambiamento»¹⁰¹. Mediante tali attività, infatti, il condannato riesce ad acquisire molteplici competenze, fondamentali per ricollocarsi lavorativamente, una volta espiata la pena. La conseguente stabilità economica e il rinnovato ruolo attivo all'interno della società sono – come dimostrato da un recente studio norvegese – due fattori determinanti nel dissuadere il già reo dal compimento di ulteriori reati¹⁰².

www.salve.edu, marzo 2014. Si sofferma sull'esperienza americana L. MARINI, *Carcere, droga e intervento penale in Usa. Un dibattito aperto*, in *Quest. giust.*, 2015, 3, in particolare pp. 208-209.

⁹⁸ Cfr. S. FAZEL – A. WOLF, *A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice*, cit., p. 4, tabella n. 1. Più precisamente la percentuale svedese è del 43%, quella olandese è del 48%, mentre quella statunitense si attesta al 59%.

⁹⁹ Si veda, a tal riguardo, C.W. DEADY, *Incarceration and Recidivism: Lessons from Abroad*, cit., p. 2, la quale analizza anche i dati del Giappone, laddove il 43% dei già rei torna a fare ingresso in carcere dopo aver scontato in precedenza una pena detentiva. In relazione alla Norvegia, l'Autrice conferma come lo Stato abbia «one of the lowest recidivism rates in the world», pari al 20%.

¹⁰⁰ Sottolineano tale aspetto problematico, con specifico riferimento all'ipotesi della recidiva, F. DUNKEL – D. VAN ZYL SMIT – N. PADFIELD, *Concluding thoughts*, in N. PADFIELD – D. VAN ZYL SMIT – F. DUNKEL (Edited by), *Release from Prison. European policy and practice*, London, 2011, in particolare p. 431 ss., i quali parlano espressamente della «reliability of predictions with different basic rates of recidivism».

¹⁰¹ Cfr. Relazione sulla visita in Norvegia di una delegazione degli Stati Generali sull'esecuzione penale (Oslo 9-12 novembre 2015), cit.

¹⁰² Si soffermano sull'importanza del lavoro dopo la precedente carcerazione, quale strumento di riduzione dei tassi di recidiva in Norvegia, T. SKARDHAMAR – K. TELLE, *Post-release Employment and Recidivism in Norway*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2012, p. 629 ss. Si veda, in particolare, la

7. Il “quasi esperimento” presso la casa di reclusione di Bollate

L'importanza del carcere aperto e della contestuale formazione lavorativa o professionale all'interno dei penitenziari è sempre più sentita anche in Italia, tant'è che la tematica è stata recentemente oggetto di attenzione da parte di un Tavolo di lavoro degli Stati Generali sull'esecuzione penale¹⁰³.

Per ciò che concerne le indagini empiriche, tuttavia, dobbiamo osservare come la ricerca non sia ancora in fase avanzata, ma ciò non sorprende più di tanto, se si pensa che la prima circolare emanata dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria in tale specifico ambito risale alla fine del 2011¹⁰⁴. I dati statistici a nostra disposizione sono di conseguenza esigui, per cui al momento è molto difficile effettuare una valutazione globale in merito all'efficacia della modalità di esecuzione carceraria “aperta” sull'abbattimento dei tassi di recidiva.

Un primo studio, infatti, si è occupato del funzionamento delle sezioni a regime non perimetrale istituite – tra il 2012 e il 2013 – in gran parte delle case circondariali dell'Abruzzo e del Molise¹⁰⁵.

Sebbene non vi siano dati relativi alla recidiva o al più generale tasso di reingresso in carcere dei detenuti, l'indagine si rivela di particolare interesse, specie nella parte in cui raccoglie le impressioni dei soggetti reclusi e degli agenti di polizia penitenziaria operanti nelle strutture. Gran parte di questi ultimi, infatti, ha

tabella presente a p. 636, laddove sono riportati i dati statistici relativi al basso tasso di recidiva dei soggetti che, una volta scarcerati, riescono a trovare un'occupazione stabile.

¹⁰³ Ci riferiamo al Tavolo 14 “Esecuzione penale: esperienze comparative e regole internazionali”, la cui relazione finale è consultabile in *www.giustizia.it*. Al punto n. 33 della stessa, si fa proprio riferimento al carcere aperto e al lavoro penitenziario, quali strumenti per ridurre sensibilmente i tassi di recidiva.

¹⁰⁴ Cfr. la già citata Circolare DAP, 25 novembre 2011 - Modalità di esecuzione della pena. Un nuovo modello di trattamento che comprenda sicurezza, accoglienza e rieducazione.

¹⁰⁵ Ci riferiamo all'indagine riportata in F. TRISI – A. RACITI, *La Ricerca/Intervento: analisi e valutazione*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, cit., p. 121 ss. Le Autrici fanno notare come tra i vari istituti regionali che hanno partecipato all'indagine, solamente cinque (quelli di Avezzano, Chieti, Larino, Pescara, Teramo) hanno fornito tutti i dati richiesti, per sono gli unici considerati come utili sotto il profilo quantitativo-statistico.

affermato che la gestione dei detenuti sia migliorata nelle sezioni a regime aperto, così come è migliorata la qualità del servizio svolto¹⁰⁶.

Il medesimo discorso può essere fatto in relazione ai soggetti reclusi, posto che la quasi totalità degli stesi ha dichiarato di valutare positivamente il regime aperto, considerandolo nettamente migliore dello stile di vita sperimentato in quello ordinario totalmente detentivo¹⁰⁷. Significativo, infine, che oltre il 50% degli utenti abbia richiesto una maggiore attività trattamentale, specie di tipo culturale e sportivo, per poter sfruttare appieno le ore libertà concesse durante la giornata.

Il complessivo miglioramento delle condizioni detentive e l'implementazione del trattamento rieducativo, che diviene finalmente vera e propria «idea-forza»¹⁰⁸ nell'ambito dell'esecuzione delle pene detentive, emerge anche da alcuni indicatori: negli istituti abruzzesi e molisani, infatti, la percentuale di rapporti disciplinari, sanzioni comminate, atti di autolesionismo e di aggressione scende in modo rilevante nel periodo preso in esame rispetto a quello immediatamente precedente, quando non era ancorano ancora state istituite le sezioni aperte¹⁰⁹.

Dalla ricerca condotta non si riescono quindi trarre indicazioni valide in merito ai tassi di ricaduta nel crimine dei detenuti osservati, tuttavia, possiamo

¹⁰⁶ Cfr. F. TRISI – A. RACITI, *La Ricerca/Intervento: analisi e valutazione*, cit., pp. 138-139. Più specificamente, il 67% degli intervistati ritiene che sia migliorata la gestione dei detenuti, il 61% la qualità del servizio svolto all'interno della sezione.

¹⁰⁷ Cfr. ancora F. TRISI – A. RACITI, *La Ricerca/Intervento: analisi e valutazione*, cit., p. 146, nella parte in cui si pone in evidenza il fatto che oltre 86% degli intervistati hanno apprezzato il passaggio al regime detentivo aperto.

¹⁰⁸ È questo l'auspicio, espresso fin già dagli anni Ottanta, di F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, II ed., Padova, 1982, p. 42, secondo il quale la riforma del 1975 si è ispirata alla «ideologia del trattamento penitenziario». In termini non dissimili si esprime, più recentemente, M. CASTALDO, *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001, p. 11, la quale parla di una «centralizzazione e valorizzazione della personalità del detenuto facendo perno sul concetto di trattamento penitenziario».

¹⁰⁹ Cfr. F. TRISI – A. RACITI, *La Ricerca/Intervento: analisi e valutazione*, cit., p. 151, tabella n. 5, nella quale si confrontano i dati relativi al primo semestre del 2012 con quelli del primo semestre del 2013, periodo nel quale sono state istituite le sezioni a regime aperto.

tranquillamente affermare – riprendendo il titolo di un articolo apparso su *Il Sole 24 Ore* – che «il carcere aperto aumenta la sicurezza»¹¹⁰.

Tali indicazioni, al contrario, possono essere ricavate dall'indagine promossa nel 2012 dall'allora Ministro della Giustizia Severino, la quale nel presentare l'avvio dello studio ha ribadito l'urgenza dell'abbattimento della recidiva e l'esigenza di affrontare il problema con un approccio rigorosamente scientifico¹¹¹. Il fine ultimo della ricerca era quello di verificare l'effetto causale di un determinato tipo di trattamento sull'agire dei soggetti successivo all'espiazione della propria pena: detto altrimenti, si è posta l'attenzione sull'influenza delle condizioni carcerarie sul rischio di recidiva nei tre anni successivi all'esecuzione della sanzione.

Come oggetto d'indagine è stata assunta la casa di reclusione di Bollate, inaugurata nel 2000, che – non è un caso – rappresenta uno dei pochi modelli di carcere realmente aperto in Italia, senza problemi di sovraffollamento¹¹² e con numerose attività trattamentali¹¹³, avvicinandosi molto in questo all'esperienza scandinava descritta nel paragrafo precedente.

¹¹⁰ Cfr. D. STASIO – D. TERLIZZESE, *Il carcere «aperto» aumenta la sicurezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2014. Secondo gli Autori, il carcere aperto è l'unico strumento in grado di incarnare «il mandato costituzionale della rieducazione del detenuto, rispettandone la dignità e i diritti fondamentali».

¹¹¹ Cfr. Intervento della guardasigilli Paola Severino alla conferenza stampa su carcere e recidiva, 26 settembre 2012, in *www.giustizia.it*. Il Ministro ha sottolineato come si tratti di «un'indagine basata su rigorosi metodi scientifici, con l'obiettivo di valutare quanto e in che misura i diversi tipi di espiazione della pena incidono sulla recidiva. Perché la tendenza a ripetere atti criminosi rappresenta un costo per la società, sia sotto il profilo della sicurezza sia di quello economico». La ricerca è stata condotta dall'Einaudi Institute for Economics Finance, dal Crime Research Economic Group e da *Il Sole 24 Ore*. Il documento finale è il seguente: G. MASTROBUONI – D. TERLIZZESE, *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, in *www.eief.it*, 2014.

¹¹² Secondo gli ultimi dati – relativi al 19 febbraio 2016 – i posti regolamentari sono 1.242, mentre il numero di detenuti si attesta attorno ai 1.090 soggetti, ben al di sotto quindi della capienza dell'istituto (dati consultabili in *www.giustizia.it*).

¹¹³ Si pensi, a tal proposito, che nel 2015 è stato persino inaugurato un ristorante all'interno dell'istituto penitenziario, dove lavorano quotidianamente i detenuti. Un'accurata descrizione delle numerose attività previste in favore dei reclusi è presente in E. SYLVERS, *Italian inmates receive training in a Cisco computer program: Behind bars but learning to network*, in *New York Times*, 6 giugno 2003. Più recentemente si vedano J. YARDLEY, *Italian Cuisine Worth Going to Prison For*, in *New York Times*, 5 marzo 2016; D. CAMPANA, *Condannati a delinquere? Il carcere e la recidiva*, cit., pp. 146-148, la quale lo definisce come «un penitenziario all'avanguardia»; L. VESSELLA, *L'architettura del carcere a custodia attenuata. Criteri di progettazione per un nuovo modello di struttura penitenziaria*, cit., pp. 154-155.

Si è trattato di un “quasi-esperimento”¹¹⁴, perché il campione individuato – oltre duemilatrecento reclusi, transitati nel carcere milanese tra il 2001 e il 2009 – è stato costituito da soli detenuti maschi, italiani e non *sex offenders*. Si è deciso, infatti, di escludere, da un lato, gli stranieri, a causa delle difficoltà nel ricostruirne l’identità, il passato criminale, nonché le vicende successive alla scarcerazione e, dall’altro, gli autori di reati sessuali, destinatari di un trattamento penitenziario specifico e mirato¹¹⁵.

Per la ricerca in questione, inoltre, è stato definito recidivo colui che, dopo aver subito una condanna definitiva, ha fatto nuovamente ingresso in carcere entro i tre anni successivi alla precedente scarcerazione dall’istituto di Bollate¹¹⁶.

Nello studio, quindi, non è stato effettuato un confronto tra soggetti detenuti in carceri diverse, bensì tra individui reclusi nel medesimo penitenziario, solamente per periodi di diversa lunghezza. A Bollate, infatti, di solito si sconta la parte finale della pena, in seguito a domanda individuale del reo ovvero su proposta dell’Amministrazione penitenziaria competente.

Ebbene, attraverso una complessa analisi statistica, si è giunti a osservare come per ogni anno in più trascorso nel citato carcere, e quindi in meno all’interno di un altro, la recidiva si riduce di circa dieci punti percentuali. Il tasso diviene ancor più ampio, pari al 13% annuo, qualora ci si riferisca ai soli detenuti che si trovano a Bollate in seguito al trasferimento da vicini istituti penitenziari sovraffollati¹¹⁷.

Pare dunque evidente l’influsso positivo del “trattamento Bollate”, dove i detenuti sono chiamati alla responsabilizzazione personale, perché solo tramite una

¹¹⁴ Cfr. G. MASTROBUONI – D. TERLIZZESE, *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, cit., p. 8, i quali lo definiscono «the Quasi-experiment».

¹¹⁵ Per un’analisi sulla normativa relativa agli autori di reati sessuali si veda D. PETRINI, *Il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze securitarie e controllo della recidiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1823 ss.; si soffermano, invece sull’esperienza criminologico-clinica del trattamento riservato a tali soggetti P. GIULINI – A. SCOTTI, *Il campo del trattamento del reo sessuale tra ingiunzione terapeutica e controllo benevolo*, *ivi*, 2013, p. 1863 ss., i quali sottolineano l’inefficacia della sola risposta penale «punitiva-retributiva» a «prevenire e intercettare» il fenomeno.

¹¹⁶ Secondo G. MASTROBUONI – D. TERLIZZESE, *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, cit., p. 15, infatti, non si può richiedere «that the last imprisonment corresponds to a definitive conviction because the latter would force us to keep a very long window of observation after the inmate release, given the three levels of appeal in the Italian judicial system».

¹¹⁷ Si veda G. MASTROBUONI – D. TERLIZZESE, *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, cit., p. 31, tabella n. 3.

loro collaborazione attiva possono continuare a godere del regime più favorevole, con celle aperte tutto il giorno e contestuale fruizione di numerose attività sportive, educative e professionali. Come detto in precedenza riguardo all'esempio norvegese, tale formazione è lo strumento principale per aiutare i già rei nel progressivo reinserimento sociale e lavorativo, abbassando così il tasso di ricaduta nel crimine¹¹⁸.

Certo, il campione di soggetti esaminati e i relativi dati statistici sono estremamente limitati, tuttavia non sembra azzardato ipotizzare che il modello di esecuzione penitenziaria ivi fornito possa rappresentare l'esempio al quale conformare i futuri interventi pubblici in materia di pena costituzionalmente orientata e riduzione della recidiva¹¹⁹.

8. Riflessioni conclusive

Ci sembra opportuno chiudere la trattazione provando a dare una risposta al quesito posto all'inizio del Capitolo, ovvero se quanto il carcere influisca sulla recidiva dei condannati.

In primo luogo, dobbiamo premettere che le condanne europee subite dall'Italia, tra i numerosi problemi sollevati, hanno avuto il grande pregio di riaccendere l'attenzione sulla tematica dell'esecuzione penale, troppo a lungo dimenticata dagli interventi legislativi nazionali¹²⁰.

¹¹⁸ Cfr., sul punto, la ricerca condotta da L. BACCARO – G. MOSCONI, *Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva*, in *Rass. pen. crimin.*, 2004, in particolare pp. 232-233, nella parte in cui si sostiene che l'assenza di lavoro dopo la scarcerazione è una delle più rilevanti cause produttive di recidiva. In argomento si veda anche B. GUALCO – L. MARINO – C. BIGI – M. D'ARAGONA, *Carcere e lavoro: una ricerca presso la casa circondariale di Genova-Marassi*, in U. GATTI – B. GUALCO (a cura di), *Carcere e territorio*, Milano, 2003, p. 293 ss.

¹¹⁹ Sul punto si veda A. MALAGUTI, *La condanna del carcere: 7 su 10 ritornano dentro*, in *La Stampa*, 18 settembre 2016. L'Autore porta l'esempio di ulteriori carceri che recentemente hanno seguito il modello milanese: ci riferiamo, in particolare, al carcere Due Palazzi di Padova – dove i detenuti lavorano nella cooperativa Giotto – e alla casa circondariale "Le Vallette" di Torino, al cui interno i reclusi hanno ampia libertà di movimento e possono seguire percorsi di studio o professionalizzanti.

¹²⁰ Opportuno ricordare, tuttavia, come con la l. 28 aprile 2014, n. 67 nel 2014 il Parlamento avesse delegato il Governo – che non ha esercitato la delega – a revisionare il catalogo delle pene principali, introducendo alcune sanzioni detentive non carcerarie, quali la detenzione domiciliare e l'arresto

Il carcere è divenuto il protagonista indiscusso dei dibattiti dottrinali, anche se più in un'ottica negativa, di una "fuga dalla pena detentiva" verso le nuove forme di giustizia penale riparativa¹²¹. A nostro avviso, tuttavia, deve continuare a rappresentare il prototipo di sanzione penale, in quanto è lo strumento principe per realizzare la funzione retributiva della pena, aspetto quest'ultimo se non il più importante, quanto meno ineliminabile¹²².

Nondimeno, il carcere cui facciamo riferimento è profondamente diverso da quello attuale, che si avvicina più a una «istituzione totale»¹²³ tesa a marginalizzare i detenuti piuttosto che a un luogo sì di afflittivo, ma al contempo rispettoso della dignità personale¹²⁴ e volto soprattutto al reinserimento sociale degli stessi.

Per giungere a una siffatta rieducazione, sancita espressamente dall'art. 27 Cost., la strada da seguire è quella tracciata dalle già menzionate raccomandazioni del Consiglio d'Europa¹²⁵, laddove i punti cardine sono rappresentati dal regime

domiciliare. In argomento si veda *amplius* F. PALAZZO, *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI – A. MARANDOLA – G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, 2014, p. 145 ss.

¹²¹ In argomento si veda, per tutti, il recente lavoro multidisciplinare di G. MANNOZZI – G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

¹²² Si vedano, a tal riguardo, le sempre attuali parole di G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 307: «lo Stato ritiene che la pena retributiva, per il suo rifarsi a idee di demerito e di castigo che sono nel profondo sentimento degli uomini, per i suoi caratteri afflittivi ma al tempo stesso proporzionali alla concreta gravità del fatto, per il principio di certezza legato al rapporto causale tra il delitto e sua conseguenza giuridica, sia il mezzo ordinariamente più idoneo a dar soddisfazione al sentimento sociale ed individuale offeso e ad un tempo a far presa sull'animo dei consociati ottenendo che si conformino alle esigenze dell'ordine sociale tradotte in norme giuridiche».

¹²³ Per riprendere la celebre definizione di E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1968, p. 29, «un'istituzione totale può essere definita come il luogo di residenza e di lavoro di gruppi di persone che – tagliate fuori dalla società per un considerevole periodo di tempo – si trovano a dividere una situazione comune, trascorrendo parte della loro vita in un regime chiuso e formalmente amministrato. Prenderemo come esempio esplicativo le prigioni nella misura in cui il loro carattere più tipico è riscontrabile anche in istituzioni i cui membri non hanno violato alcuna legge».

¹²⁴ Riprendendo quanto detto da A. PRESUTTI, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986, p. 29, il rispetto della dignità personale del detenuto deve divenire, «prima ancora che una garanzia da assicurarsi indipendentemente dal grado di condiscendenza dimostrato verso le esigenze del carcere, un attributo medesimo della vita penitenziaria».

¹²⁵ Ci riferiamo, in particolare, alla Raccomandazione n. R (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, concernente le "Regole penitenziarie europee", cit.

detentivo aperto, dalla sorveglianza dinamica e dall'effettivo trattamento dei detenuti. Questi ultimi, durante l'espiazione della pena, devono acquisire una maggiore «coscienza di sé»¹²⁶, tramite un processo di responsabilizzazione, incentrato su un lavoro qualificante o sull'istruzione, finanche universitaria¹²⁷.

Strutturata in questi termini, l'esecuzione detentiva produrrebbe – come messo in luce dai dati citati nei paragrafi precedenti – un numero decisamente inferiore di ricadute nel crimine e permetterebbe, nel medio-lungo periodo, di diminuire le presenze negli istituti e di ridurre conseguentemente gli ingenti costi nel mantenimento degli stessi.

Una simile idea di carcere, inoltre e soprattutto, si rivelerebbe fondamentale nel recuperare il senso delle norme, mai pienamente attuate, dell'ordinamento penitenziario, che prevedono l'ampliamento della perimetrazione degli spazi detentivi e l'individualizzazione di un preciso regime trattamentale per i reclusi, i quali, a loro volta, potrebbero finalmente espiare una sanzione ispirata ai valori sanciti dalla Carta costituzionale.

¹²⁶ Espressione mutuata da K. BEDI, *La coscienza di sé. Le carceri trasformate, il crollo della recidiva*, Milano, 2001.

¹²⁷ Sottolinea l'importanza dell'istruzione universitaria all'interno dei penitenziari A. VALLINI, *Carcere, democrazia, università. L'esperienza dei poli universitari penitenziari*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1374 ss. Tale necessità è stata di recente evidenziata anche all'intero degli Stati Generali dell'esecuzione penale, precisamente al Tavolo 9 "Istruzione, cultura e sport" (relazione consultabile in www.giustizia.it).

Conclusione

L'attuale disciplina penalistica della recidiva non convince.

Da una simile considerazione è iniziata la nostra ricerca, che si è snodata dapprima attraverso una ricostruzione storica e comparata, per poi giungere sino al problematico assetto attuale dell'aggravante.

Si è potuto constatare come, da sempre, l'istituto rappresenti uno dei migliori indicatori della politica criminale di un determinato Stato: così, nel liberale Granducato di Toscana il recidivo subiva sì un aumento di pena, ma proporzionato e, inoltre, subordinato alla specificità dei reati, alla commissione degli stessi entro un breve lasso temporale nonché all'espiazione della condanna precedente.

Tutt'altro discorso negli Stati Uniti, laddove le politiche securitarie degli anni Novanta – in parte riprese in Italia con la riforma del 2005 – hanno cercato di combattere duramente la criminalità proprio infliggendo pene draconiane e del tutto sproporzionate ai recidivi reiterati, veri nemici della società e in quanto tali soggetti da eliminare.

Da un punto di vista prettamente dogmatico, ad oggi la recidiva si può qualificare come una circostanza, sebbene – a detta di gran parte dei giudici di legittimità – abbia caratteristiche peculiari, che la differenziano dalla generalità delle altre e fanno sì che venga definita *sui generis*: esemplifica al meglio tale caratteristica il caso del regime di procedibilità per il delitto di truffa commessa dal soggetto recidivo.

Una siffatta impostazione chiarisce come l'istituto non sia ancora riuscito ad acquisire una piena autonomia rispetto agli *status* personali di cui agli artt. 102 ss. c.p., con tutte le contraddizioni che tale commistione comporta. A ciò si aggiunga la perenne ambivalenza della figura, da una parte sintomatica di una più elevata pericolosità sociale del reo, dall'altra attratta nell'orbita della colpevolezza per il singolo fatto di reato.

Nelle more di un auspicabile intervento legislativo che apporti una maggiore coerenza all'intera disciplina, tramite una decisa riduzione dell'ambito applicativo

dell'aggravante e al contempo un ripristino dell'originario regime di obbligatorietà, ci siamo spinti a proporre alcune soluzioni attuabili già a livello interpretativo.

Per rispettare i principi cardine in tema di commisurazione della pena, il giudice dovrebbe orientare il proprio notevole potere discrezionale esclusivamente verso il passato e, quindi, aumentare la sanzione *ex art. 99 c.p.* solamente qualora il delitto commesso sia significativo di una maggiore colpevolezza, in termini normativi, del reo. Quest'ultimo, infatti, ha già sperimentato su di sé l'inveramento della legge, ciononostante ha nuovamente infranto il precetto penale, senza seguire il "monito" offerto dalla sentenza irrevocabile: proprio perché il pregresso giudicato possa esercitare una simile funzione, allora è necessario che il giudice applichi la circostanza solamente nell'ipotesi in cui vi sia la commissione di reati della stessa indole, realizzati inoltre a breve distanza l'uno dall'altro.

Nel ragionamento giudiziale, al contrario, non dovrebbe esservi alcuno spazio per prognosi future circa la ricaduta nel crimine del soggetto, che più si addicono alle figure di delinquenza qualificata e coerentemente dovrebbero condurre all'eventuale applicazione di una misura di sicurezza piuttosto che a un'aggravante.

Nello scenario descritto resterebbe comunque aperto il nodo degli "effetti indiretti", in parte eliminati dalle numerose pronunce della Consulta e dai recenti decreti "svuota-carceri", ma ancora massicciamente presenti in ambito sostanziale, processuale e finanche esecutivo.

La *ratio* degli stessi mal si concilia con il fondamento dell'aggravante, generando in tal modo una forte irrazionalità nella disciplina complessiva della recidiva, tant'è che si è ipotizzata la possibilità di scindere i due giudizi: uno, relativo all'aumento per la circostanza, incentrato sulla colpevolezza del soggetto; l'altro, riguardante l'applicazione di tutti gli effetti ulteriori, focalizzato sulla capacità a delinquere.

Ci rendiamo conto che tale soluzione compromissoria non è esente da criticità, le quali potrebbero essere risolte in modo definitivo solo con l'espunzione dall'ordinamento della recidiva reiterata, vessillo della più volte criticata legge *ex Cirielli*. Nell'attesa di una riforma, un ruolo fondamentale continuerà a essere

giocato dal Giudice delle leggi, che negli ultimi anni è stato il protagonista indiscusso nella materia: toccherà a lui il compito di supplenza, specie con riguardo a meccanismi particolarmente discutibili, come quelli previsti dagli artt. 69, comma 4, 62 *bis*, comma 2, c.p. e persino dalle norme dell'ordinamento penitenziario.

Allo specifico tema dell'esecuzione penale si ricollega anche l'ultima parte della nostra ricerca, volta a comprendere quale sia l'effettivo legame tra carcere e tassi di recidiva.

I monitoraggi ufficiali dimostrano che – ad oggi – le pessime condizioni detentive favoriscano il reingresso negli istituti penitenziari di oltre la metà dei soggetti in precedenza scarcerati. Tuttavia, se si confrontano i dati nazionali con quelli norvegesi, dove vige il regime detentivo aperto e il modello di sorveglianza dinamica dei reclusi, si può notare come la situazione cambi radicalmente, con percentuali di ricaduta nel crimine che non superano il 20%.

Tale risultanza sembra essere corroborata anche dalla recente indagine condotta presso la casa di reclusione di Bollate, che si caratterizza per le numerose attività trattamentali predisposte per i soggetti nonché per l'ampia perimetrazione degli spazi e la contestuale libertà di movimento: i tassi di recidiva al suo interno sono significativamente più bassi rispetto alla media nazionale.

Si può allora provvisoriamente concludere che, nonostante i pochi dati statistici e studi empirici a nostra disposizione, un simile modello di carcere, pienamente in linea con quanto stabilito dalle Regole penitenziarie europee, sia uno strumento efficace per ridurre la recidiva dei condannati anche nel nostro Paese.

Allo steso tempo, può rappresentare una svolta epocale nell'esecuzione penale, riuscendo finalmente a dare piena attuazione agli articoli cardine dell'ordinamento penitenziario e, soprattutto, al principio del finalismo rieducativo, troppo spesso rimasti lettere morte nella prassi carceraria giornaliera.

Bibliografia

AA.VV., *La libertà personale nella discrezionalità del giudice. Atti del XII Congresso dell'Accademia Italiana di Scienze Biologiche e Morali tenutosi a Roma il 29-30 maggio 1970*, Roma, 1971.

ADAMS W.L., *Sentenced to Serving the Good Life in Norway*, in *Time*, 12 luglio 2010.

ADORNI D., *Il brigantaggio*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Torino, 1997, p. 283 ss.

AGOSTINI L., *Sez. un.*, 24 febbraio 2011, *Indelicato: il sistema neutralizza un corpo estraneo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4204 ss.

AIELLI L., *Effetti della recidiva reiterata specifica infraquinquennale sulla prescrizione*, in *www.ilpenalista.it*, 20 maggio 2016.

ALESSI G., *Proposta di modifica degli artt. 99, 100 e 106 cod. pen. sulla «recidiva»*, in *Riv. pen.*, 1968, p. 744 ss.

ALLEGRA G., *Osservazioni generali*, in AA.VV., *Osservazioni intorno al "Progetto preliminare del codice penale (Libro I) – Luglio 1949"*, Milano, 1950, p. 2 ss.

ALTAVILLA E., *Appunti sulla recidiva*, in *Arch. pen.*, 1965, p. 258 ss.

ALTAVILLA E., *Teoria soggettiva del reato. Ricostruzione dogmatico-positivista del codice penale*, Napoli, 1933.

ALTAVILLA E., *Responsabilità legale e sistemi di difesa sociale nel Progetto di nuovo codice criminale*, in *La Scuola pos.*, 1922, p. 215 ss.

ALTHEIDE D.L., *I mass media, il crimine e il "discorso di paura"*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine»*. 15-16 maggio 2003, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca, Milano, 2005, p. 287 ss.

- AMARELLI G., *Caratteri e limiti della disciplina delle circostanze del reato*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, p. 183 ss.
- AMATO G., *Così il giudice “rosicchia” il rilievo ostativo*, in *Guida dir.*, 2016, 20, p. 81 ss.
- AMATO G., *Il recidivo va a caccia di generiche*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 56 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Il nuovo volto della recidiva*, in AA.VV., *Il soggetto autore del reato: aspetti criminologici, dogmatici e di politica criminale*, Padova, 2013, p. 51 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 677 ss.
- AMBROSETTI E.M., voce *Recidiva*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, p. 4950 ss.
- AMBROSETTI E.M., *La recidiva*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 314 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997.
- ANDREOZZI A., *Le leggi penali degli antichi cinesi: discorso proemiale sul diritto e sui limiti del punire e traduzioni originali dal cinese*, Firenze, 1878.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, *Reati fallimentari. Reati ed illeciti amministrativi amministrativi in materia tributaria, di lavoro ambientale ed urbanistica. Responsabilità degli enti*, XIII ed. (a cura di C.F. GROSSO), Milano, 2014.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed. (aggiornata da L. CONTI), Milano, 2003.
- ANTOLISEI F., *Rilievi sui reati della stessa indole*, in F. ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 377.
- APRILE E., *Un ulteriore intervento della Consulta “demolitivo” della disciplina del divieto di prevalenza delle attenuanti per i recidivi reiterati ex art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2344 ss.
- APRILE E., *La Consulta puntualizza quali sono le condizioni per l'applicazione della disciplina del reato continuato ai recidivi reiterati*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 567 ss.

APRILE E., *Divieto di prevalenza dell'attenuante di cui all'art. 648, comma 2, c.p. sulla recidiva reiterata: prosegue l'opera della Consulta di "riscrittura" dell'art. 69, comma 4, c.p., in Cass. pen., 2014, p. 2425 ss.*

ARASI S., *Legge 9 agosto 2013, n. 94: un primo passo per debellare il sovraffollamento carcerario?*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, fasc. 1, p. 85 ss.

ARMONE G.M., *La falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro*, in AA.VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, p. 139 ss.

ARRIGONI F., *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 328 ss.

AVITABILE L., *Riflessioni per una "filosofia della pena"*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 33 ss.

BACCARO L. – MOSCONI G., *Il girone dei dannati: ovvero il fenomeno della recidiva*, in *Rass. pen. crimin.*, 2004, p. 213 ss.

BALBI G., *Ancora in tema di recidiva e prescrizione*, in *Arch. pen.*, 2008, p. 31 ss.

BAER L.D. – RAVNEBERG B., *The outside and inside in Norwegian and English prisons*, in *Geografiska Annaler: Series B: Human Geography*, 2008, p. 205 ss.

BARAK H., *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995.

BARAZZETTA A., *Interruzione della prescrizione e termini massimi*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, p. 159 ss.

BARTOLI R., *Le circostanze "al bivio" tra legalità e discrezionalità*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2254 ss.

BARTOLI R., *Recidiva obbligatoria ex art. 99.5 c.p.: la Corte costituzionale demolisce l'ultimo automatismo*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2484 ss.

BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 659 ss.

BARTOLI R., voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, p. 885 ss.

BARTOLI R., *Lettura funzionale e costituzionale della recidiva e problemi di razionalità del sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1695 ss.

BARTOLI R., *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere. (Appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 385 ss.

BARTOLI R., *Per una rifondazione delle problematiche poste dal calcolo del cumulo giuridico*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1349 ss.

BARTOLI R., *La recidiva davanti allo specchio della Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, *Gli Speciali*, p. 14 ss.

BARTOLI R., *Commento all'art. 5 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 454 ss.

BARTOLI R., *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005.

BARTONE N., *Il diritto penale odierno e concreto. Il reato nel suo volto europeo e internazionale*, Padova, 2012.

BASILE F., *L'enorme potere delle circostanze sul reato; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1743 ss.

BASILE T., *Compatibilità giuridica tra recidiva e continuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 34 ss.

BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, II ed., Bologna, 1940.

BATTISTA D., *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato. Non convince l'aumento obbligatorio di pena*, in *D&G*, 2005, n. 46, p. 104 ss.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), ristampa a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973.

BEDI K., *La coscienza di sé. Le carceri trasformate, il crollo della recidiva*, Milano, 2001.

BELLAVISTA G., *I criteri direttivi del potere discrezionale del giudice e la motivazione della sentenza*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 178 ss.

BELTRANI S., *Le modifiche del regime della recidiva al vaglio della Cedu*, in *D&G online*, 17 giugno 2006.

BENINI S., *Fondamento e natura della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1978, II, c. 470 ss.

BENKO J., *The radical humaneness of Norway's Halden prison*, in *New York Times*, 26 marzo 2015.

BERGAMASCO C., *Le innovazioni in materia di benefici penitenziari*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005*, n. 251, Milano, 2006, p. 151 ss.

BERNASCONI C., *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 1858 ss.

BERNASCONI C., *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzione: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4057 ss.

BERNASCONI C., *Recidiva reiterata e bilanciamento di circostanze: la duplice presa di posizione della Corte costituzionale*, in *Criminalia*, 2007, p. 291 ss.

BERNASCONI C., *Recidiva e bilanciamento delle circostanze al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 1861 ss.

BERTOLINO M., *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in C. GROSSO – T. PADOVANI – A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2009.

BERTOLINO M., *Problemi di coordinamento della disciplina della recidiva: dal Codice Rocco alla riforma del 2005*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1223 ss.

BERTONI R., *La riforma penale dell'Aprile 1974 nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 1343 ss.

BETTIOL G., *Diritto penale*, XI ed., Padova, 1982.

BETTIOL G., *Azione e colpevolezza nei tipi di autore*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 6 ss.

BIANCHI D., *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 30 ss.

BIANCHI D., *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1115 ss.

- BIANCHI V., *Positivismo e progetto di codice penale*, in *La Scuola pos.*, 1929, p. 17 ss.
- BISORI L., *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 44 ss.
- BISORI L., *La nuova recidiva e le sue ricadute applicative*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 37 ss.
- BOCKELMANN P. – VOLK K., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, IV Auflage, Munchen, 1987.
- BOLIS S., *Depenalizzazione del contrabbando e attenuata tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 8 novembre 2016.
- BONCOMPAGNI F., *La circostanza aggravante speciale "soccombente" impone l'ulteriore aumento di pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 171 ss.
- BONIFACIO G., *Gli interventi del Giudice delle leggi sulla recidiva*, in *www.ilpenalista.it*, 18 ottobre 2016.
- BONIFACIO G., *Incostituzionalità della recidiva obbligatoria aggravata. Prime applicazioni*, in *www.ilpenalista.it*, 28 settembre 2016.
- BONIFACIO G., *Produzione e traffico illecito di stupefacenti. Il ravvedimento del reo può prevalere sulla recidiva*, in *www.ilpenalista.it*, 17 maggio 2016.
- BORASI I., *L'evoluzione della consuetudo delinquendi*, in *Riv. pen.*, 2010, p. 103 ss.
- BORGNA G., *Retroattività in mitius e norme sulla prescrizione: profili critici della giurisprudenza CEDU sul regime transitorio della ex-Cirielli*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1001 ss.
- BOSCHI M., *Osservazioni a Cass.*, 11-12-1974, in *Foro it.*, 1974, II, c. 7 ss.
- BOTTALICO F., *Effetti dell'obbligatorietà nella nuova disciplina della recidiva*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1734 ss.
- BOTTALICO F., *Three strikes and you're out: la recidiva nel sistema penale statunitense*, in V. GAROFOLI (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006, p. 17 ss.
- BOUCHARD M., *Le risposte possibili alla criminalità diffusa*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Torino, 1997, p. 1035 ss.

- BRANCACCIO M., *La recidiva*, in *Cass. pen.*, 2016, suppl. al n. 6, p. 23 ss.
- BRICHETTI R., *Il restyling dei tempi di prescrizione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, p. 97 ss.
- BRICOLA F., *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 153 ss.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, p. 7 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.
- BRICOLA F., *Le aggravanti indefinite. (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1019 ss.
- BROWN B. – JOLIVETTE G., *A primer: Three Strikes – The impact After More Than a Decade*, in *www.lao.ca.gov*, ottobre 2005.
- BRUNELLI D., *Frammenti storici e attuali della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 5 ss.
- BRUNELLI D., *Recidiva e Scuola Positiva nella disciplina del Codice Rocco. Spunti di riflessione*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 331 ss.
- BRUNELLI D., *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale "mite"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001, p. 421 ss.
- BRUNELLI D., sub art. 57, in D. BRUNELLI – G. MAZZI (a cura di), *Codici penali militari. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2001, p. 153 ss.
- BRUSA E., *Studi sulla recidiva*, Milano, 1866.
- BUCCELLATI A., *Istituzioni di diritto e procedura penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884.
- BUONOMO G. – RESTA F., *Recidiva e diritto transitorio nella "prescrizione breve" attraverso la lente della lex mitior*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 533 ss.
- CADOPPI A., *Tra storia e comparazione. Studi di diritto penale comparato*, Padova, 2014.

- CADOPPI A., *Il Codice penale parmense del 1820*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p. 196 ss.
- CADOPPI A., *Il codice penale di Maria Luigia*, in *Codice penale per gli stati di Parma Piacenza e Gustalla (1820)*, ristampa anastatica, Padova, 1991, p. XI ss.
- CAIAZZO D., *La recidiva (abitudine, professionalità, tendenza a delinquere)*, Napoli, 1942.
- CALLAIOLI F., *La recidiva dal periodo rivoluzionario alle riforme del Codice napoleonico del 1810*, in *Codice dei delitti e delle pene per il regno d'Italia (1811)*, ristampa anastatica, Padova, 2002, p. CXIX ss.
- CALÒ L., *Repetita iuvant: il carcere cautelare obbligatorio per legge, tra Corte costituzionale e legislatore*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 979 ss.
- CALVI A.A., *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore. I. La tipologia soggettiva della legislazione italiana. II. Tipologia soggettiva e politica criminale moderna*, Padova, 1967.
- CAMPANA D., *Condannati a delinquere? Il carcere e la recidiva*, Milano, 2009.
- CANCELLARO F., *Carceri sovraffollate, prosegue il filone Torreggiani: è il turno dell'Ungheria*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 aprile 2015.
- CANESTRINI N., *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario italiano tra procedura di infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 4201 ss.
- CANOSA R., *Storia della criminalità in Italia (1845-1945)*, Torino, 1991.
- CAPUTO A., *La recidiva tra indirizzi interpretativi e tendenze della politica criminale*, in *Quest. giust.*, 2007, 4, p. 813 ss.
- CAPUTO M., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 182 ss.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.
- CARBONI G., *Commento all'art. 98 della l. 24/11/1981 n. 689*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 405 ss.
- CARMIGNANI G., *Juris criminalis elementia* (1808), I, Macerata, 1829.
- CARMIGNANI G., *Teoria delle leggi e della sicurezza sociale*, III, Napoli, 1831.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.

- CARNEVALE S., *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni intorno agli abusi sulle persone private della libertà*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 207 ss.
- CARRARA F., *Stato della dottrina sulla recidiva*, in *Opuscoli di diritto criminale*, II, Lucca, 1870, p. 127 ss.
- CARUSO G., *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola “fine” della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 1, p. 219 ss.
- CARUSO G., *Recidiva riformata, attenuanti generiche e discrezionalità (a proposito di Corte cost., sent. n. 183 del 7 giugno 2011)*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2011, 3, p. 1 ss.
- CARUSO G., *La discrezionalità penale tra «tipicità classificatoria» e «tipologia ordinale»*, Padova, 2009.
- CARUSO G., *Limiti al giudizio di prevalenza delle attenuanti e recidiva obbligatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1409.
- CARUSO G., voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, vol. IV, Torino, 2008, p. 1037 ss.
- CASCINI F., *Il carcere. I numeri, i dati, le prospettive*, in *Quest. giust.*, 2010, 1, p. 50 ss.
- CASSANO M., *La recidiva nella giurisprudenza di legittimità: questioni irrisolte, problemi ancora aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, Gli Speciali, p. 26 ss.
- CASTALDO M., *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative*, Napoli, 2001.
- CASTAN N., *La Réforme pénale en France à la fin del’Ancien Régime: tentatives et échecs*, in L. BERLINGUER – F. COLAO, *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, vol. XI, Milano, 1990, p. 315 ss.
- CASTELLANO L. – STASIO D., *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009.
- CAVALIERE A., *Luci e ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, p. 635 ss.

CAVANNA A., *Il Codice penale napoleonico. Qualche considerazione generalissima*, in *Codice dei delitti e delle pene pel regno d'Italia (1811)*, ristampa anastatica, Padova, 2002, p. XIII ss.

CECCHINI B.M., *Il reato e la condanna nel sistema della Leopoldina. Mutamenti e variazioni nella struttura della pena (1781-1790). Prime note*, in L. BERLINGUER – F. CENICCOLA R., *Prime applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni di natura sostanziale contenute nei provvedimenti urgenti sulla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1977, II, c. 662 ss.

CESARI C., sub art. 58-quater, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., Padova, 2011, p. 862 ss.

CESARIS L., *Un ulteriore passo verso l'eliminazione dei divieti aprioristici di concessione dei benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2250 ss.

CHENAL R. – QUATTROCOLO S., *Recidiva e irretroattività della legge penale*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 357 ss.

CHERIF BASSIOUNI M., *Diritto penale degli Stati Uniti d'America (Substantive Criminal Law)*, Milano, 1985.

CHINNICI D., *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive inumane*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 62 ss.

CIAMPIS., *L'affidamento in prova, la recidiva e le tessere mancanti nel mosaico delle Sezioni Unite*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, fasc. 4, p. 63 ss.

CIANI G.F. – IADECOLA G.F. – IZZO G. – MURA A. – VIGLIETTA G.F., *Osservazioni sulla Relazione della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con D.M. 1 ottobre 1998 e presieduta dal prof. C.F. Grosso*, in *Riv. pen.*, 2000, p. 113 ss.

CISTERNA A., *Uno spazio giuridico comune impone adeguamenti*, in *Guida dir.*, 2016, 33, p. 59 ss.

CIVELLO G., *Recidiva reiterata e limiti al bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2014, 2, p. 1 ss.

CLARK J. – AUSTIN J. – HENRY D.A., *"Three Strikes and You're Out": A Review of State Legislation*, in *www.ncjrs.gov*, settembre 1997.

CLINCA S., *La progressiva erosione di un vincolo irragionevole: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata* (Osservazioni a margine di C. cost., 24.2.2016 n. 74), in *www.la legislazione penale.eu*, 29 luglio 2016.

COCO P., *Il positivismo secondo Enrico Ferri*, in *Giust. pen.*, 2016, I, c. 228 ss.

COLACCI M.A., *Recidiva in contrabbando e amnistia*, in *La Scuola pos.*, 1972, p. 256 ss.

COLAO F., *Il diritto penale politico nel Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p. 652 ss.

COLAO, *Le politiche criminali nel XVIII secolo*, vol. XII, Milano, 1991, p. 259 ss.

COLELLA A., *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di tortura e trattamenti inumani o degradanti (art. 3 CEDU)*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 1, p. 221 ss.

CONTENTO G., *Note sulla discrezionalità del giudice penale, con particolare riguardo al giudizio di comparazione fra le circostanze*, in *Il Tommaso Natale*, 1978, p. 657 ss.

CONTENTO G., *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963.

CORBETTA S., *Divieto di prevalenza dell'attenuante del "fatto di lieve entità" sulla recidiva reiterata: quali gli effetti della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 69 c.p.?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 777 ss.

CORBETTA S., *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei fuori"?*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, p. 53 ss.

CORBETTA S., *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 134 ss.

CORLEONE F. – PUGIOTTO A., *Quando il delitto è la pena*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 11 ss.

DA PASSANO M., *La codificazione penale nel Granducato di Toscana (1814-1860)*, in *Codice penale pel Granducato di Toscana (1853)*, ristampa anastatica, Padova, 1993, p. XXIX ss.

DAGA L., *Le nuove regole penitenziarie europee*, in *Rass. pen. crimin.*, 1986, p. 445 ss.

DANIELE M., *I vizi degli automatismi cautelari persistenti nell'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 114 ss.

DASSANO F., *Recidiva e potere discrezionale del giudice*, Torino, 1981.

DEADY C.W., *Incarceration and Recidivism: Lessons from Abroad*, in *www.salve.edu*, marzo 2014.

DE AMICIS I., *Fondamenti giuridici del regime detentivo aperto*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Cosenza, 2014, p. 33 ss.

DE AMICIS I., *La sorveglianza dinamica*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Cosenza, 2014, p. 73 ss.

DE FELICE P., *Considerazioni in tema di recidiva in relazione alla legge n. 251/2005*, Bari, 2007.

DE FRANCESCO G., *Commento all'art. 1 del d.l. 15/12/1979 n. 625*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 35 ss.

DE NAVA G., voce *Casellario giudiziale*, in *Dig. it.*, VI, Torino, 1926, p. 241 ss.

DE NICOLO A., *Primi problemi applicativi della legge "ex Cirielli"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 503 ss.

DE PASCALIS M., *La via del cambiamento attraverso un modo di essere diverso. La sorveglianza dinamica – Dispense ISSP n. 1 (marzo 2013)*, in *www.giustizia.it*.

DE STEFANO G., *Il diritto penale dell'Hamasen ed il Fethà Neghest*, Firenze, 1897.

DE VERO G., *Osservazioni sui principi e sull'articolato della disciplina delle circostanze del reato*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2002, p. 405 ss.

DE VERO G., *Concorso di circostanze eterogenee e attentato per finalità di terrorismo o di eversione con esito mortale nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 1294 ss.

DE VERO G., *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983.

DEGL'INNOCENTI L. – FALDI F., *Recidiva ed estinzione della pena pregressa per esito positivo dell'affidamento in prova*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2011 ss.

DEL COCO R., *La sicurezza e la disciplina penitenziaria*, in P. CORSO (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Milano, 2015, p. 177 ss.

DELL'ANDRO R., *La recidiva nella teoria della norma penale*, Palermo, 1950.

DELLA BELLA A., *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014. Aggiornato al d.l. 20 marzo 2014, n. 36*, Torino, 2014.

DELLA BELLA A., *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 gennaio 2014.

DELLA BELLA A., *Convertito in legge il 'decreto carceri' 78/2013: un primo timido passo per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2013.

DELLA BELLA A., *Una rivoluzionaria circolare dell'Amministrazione penitenziaria che introduce un regime 'aperto' per i detenuti comuni e che propone una nuova strategia per prevenire il rischio suicidiario all'interno delle carceri*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 novembre 2011.

DELLA BELLA A., *Three strikes and you're out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 833 ss.

DELLA CASA F., *Approvata la legge c.d. svuota carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 5 ss.

DELLA CASA F., *Successione di leggi penitenziarie: modifiche «peggiorative» e limiti inerenti allo ius superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 399 ss.

DELLA MORTE G., *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2013, p. 147 ss.

DELOGU T., *Potere discrezionale del giudice e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 369 ss.

DEZZA E., *Le reazioni del positivismo penale al Codice Rocco*, in *Il Codice penale per il Regno d'Italia (1930) – Codice Rocco*, ristampa anastatica, Padova, 2010, p. XXXIX ss.

DEZZA E., *Zanardelli: un codice positivista?*, in *Il codice penale per il Regno d'Italia (1889)*, ristampa anastatica, Padova, 2009, p. XI ss.

DI AMATO A., *Diritto penale dell'impresa*, VII ed., Milano, 2011.

DI CHIARA G., *Legge "ex Cirielli", disciplina degli stupefacenti e divieto di prevalenza dell'attenuante della lieve entità sulla recidiva reiterata: incostituzionale la rigidità del meccanismo*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 168 ss.

DI CHIARA G., *Attenuanti generiche, condotta susseguente al reato e rigidi automatismi*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 811 ss.

DI CHIARA G., *Affidamento in prova e recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1413 ss.

DI CHIARA G., *Coordinate planimetriche della ristrutturazione del rito patteggiato: le risagomature dello spettro applicativo e del regime premiale*, in F. PERONI (a cura di), *Patteggiamento "allargato" e giustizia penale*, Torino, 2004, p. 21 ss.

DI PAOLA S., *Osservazioni a Corte cost.*, 18 aprile 2014, n. 106, in *Foro it.*, 2014, II, c. 3380 ss.

DI PAOLO G., *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Ue: recenti novità sul fronte domestico e a livello europeo*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 3018 ss.

DI PAOLO G., *La circolazione dei dati personali e del casellario giudiziario*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4034 ss.

DIDDI A., *Contestazione della recidiva reiterata e "patteggiamento allargato"*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 43 ss.

DINACCI E., *Ancora incerto il fondamento della recidiva?*, in *Giust. pen.*, II, 1988, c. 65 ss.

DINACCI E., *Contrabbando e reati doganali*, in *Giust. pen.*, II, 1986, c. 657 ss.

DIOTALLEVI G., *La continuazione nel reato, il giudicato e la recidiva nella prospettiva nomofilattica delle Sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 357 ss.

DOLCINI E., *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16 marzo 2016.

DOLCINI E., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1655 ss.

DOLCINI E., *La recidiva riformata (legge 5 dicembre 2005 n. 251)*, in A. BERNARDI – B. PASTORE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 31 ss.

DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss.

DOLCINI E., *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, in *Il Corriere del merito*, 2006, p. 55 ss.

DOLCINI E., *Leggi penali “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50 ss.

DOLCINI E., voce *Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 744 ss.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Milano, 1979.

DOLCINI E., *Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338 ss.

DOLCINI E. – MARINUCCI G., *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 385 ss.

DONINGER W. (a cura di), *Le leggi di Manu*, Milano, 1996.

DONINI M., *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «Progetto Grosso»*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2002, p. 53 ss.

DOVA M., *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 948 ss.

DUNKEL F. – VAN ZYL SMIT D. – PADFIELD N., *Concluding thoughts*, in N. PADFIELD – D. VAN ZYL SMIT – F. DUNKEL (Edited by), *Release from Prison. European policy and practice*, London, 2011, p. 395 ss.

D'AGNOLO M., *Novità su detenzione domiciliare e ordine esecutivo*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (“ex Cirielli”)*, Padova, 2006, p. 193 ss.

D'AURIA D., *Omicidio stradale: prime osservazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 429 ss.

- EHLERS S. – SCHIRALDI V. – ZIEDENBERG J., *Still Striking Out: Ten Years of California's Three Strikes*, in *www.justicepolicy.org*, marzo 2004.
- EHLERS S. – SCHIRALDI V. – LOTKE E., *An Examination of the Impact of California's Three Strikes Law on Afro-Americans and Latinos*, in *www.justicepolicy.org*, ottobre 2004.
- EINSTEIN A., *Come io vedo il mondo. La teoria della relatività*, Milano, 1960.
- ELLERO P., *Opuscoli criminali*, Bologna, 1874.
- ENNA R., *La recidiva riformata e il suo naufragio costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2016, p. 417 ss.
- EUSEBI L., *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1333 ss.
- EUSEBI L., *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto dalla Corte eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4955 ss.
- FALCINELLI D., *Il reato continuato tra Mito (del favor rei) e Realtà (del medesimo disegno criminoso)*, in *Arch. pen., Rivista web*, 2014, 2, p. 1 ss.
- FANULI G.L., *Recidiva e perseguibilità a querela della truffa. La Cassazione torna all'indirizzo "tradizionale" della circostanza aggravante "sui generis"*, in *Riv. pen.*, 2015, p. 896 ss.
- FARAGUNA P. – PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2016.
- FAZEL S. – WOLF A., *A Systematic Review of Criminal Recidivism Rates Worldwide: Current Difficulties and Recommendations for Best Practice*, in *Journal Plos One*, 18 giugno 2015.
- FEELEY M.M., *Le origini e le conseguenze del panico morale: gli effetti sulle Corti americane delle leggi "tre volte e sei eliminato"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 417 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.
- FERRI E., *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza*, Torino, 1928.
- FERRI E., *Il Progetto Rocco di Codice penale*, in *La Scuola pos.*, 1927, p. 481 ss.

FERRI E., *Fascismo e Scuola Positiva nella difesa sociale contro la criminalità*, in *La Scuola pos.*, 1926, p. 241 ss.

FERRI E., *La Scuola positiva di diritto criminale*, Siena, 1883.

FERRI E., *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1881.

FERRI E., *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878.

FERRI E., *Relazione sul progetto preliminare di Codice penale italiano*, in *La Scuola pos.*, 1921, p. 1 ss.

FERRUA P., *Ex Cirielli, così cade la norma transitoria. Ombre sul controllo di ragionevolezza. Iter argomentativo discutibile nel rapporto premesse-conclusioni*, in *D&G*, 2006, n. 45, p. 46 ss.

FERRUA P., *L'ex Cirielli rischia di crollare sull'illegittimità costituzionale. Seri dubbi per l'irrazionalità del regime transitorio*, in *D&G*, 2005, n. 46, p. 10 ss.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014.

FIANDACA G., *Sui «giudizi di fatto» nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 265 ss.

FILIPPI L., *Adelante Pedro...con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 377 ss.

FINE T.M., *Il diritto americano. Un'introduzione completa al sistema giuridico anglo-americano*, Roma, 2011.

IORE C. – IORE S., *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2013.

IORE S., *La "construction" de l'ennemi. La réforme de la récidive en Italie*, in AA.VV., *Le nouveau droit de la récidive. Actes du colloque du 25 janvier 2007 Université de Franche-Comté*, Paris, 2008, p. 57 ss.

IORIO C., *Le disposizioni esecutive e penitenziarie*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 315 ss.

IORIO C., *Inasprimento al divieto di concedere benefici penitenziari*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, p. 225 ss.

FIORDALISI D., *Giudicato progressivo e recidiva*, Torino, 2008.

FIORENTIN F., *La conclusione degli "Stati Generali" per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 giugno 2016.

FIORENTIN F., *Carceri, quarant'anni tra luci e ombre nell'assenza di risorse*, in *Guida dir.*, 2015, 42, p. 14 ss.

FIORENTIN F., *Ampliati durata e numero dei permessi premio*, in *Guida dir.*, 2013, 39, p. 40 ss.

FIORENTIN F. – DELLI PRISCOLI L., *"Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1879 ss.

FIORENTIN F., *Legge "ex-Cirielli" e ordinamento penitenziario riformato al vaglio di costituzionalità: la Consulta riafferma il valore della funzione rieducativa della pena*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3576 ss.

FLICK G.M., *Dalla Leopolda alla Leopoldina. Un passo indietro o un ritorno al futuro?*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2526 ss.

FLORA G., *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559 ss.

FLORA G., *Verso la riforma della parte generale: il sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1409 ss.

FLORA G., *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1325 ss.

FLORA G., *Le disposizioni speciali sulla recidiva, abitualità e professionalità*, in A. DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VI, *I reati doganali*, Padova, 1999, p. 138 ss.

FLORE D., *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, 2009.

FLORIAN E., *Parte generale del diritto penale*, Milano, 1934.

FLORIAN E., *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *La Scuola pos.*, 1926, p. 1. ss.

FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.

FORTI G. – REDAELLI R., *La rappresentazione televisiva del crimine: la ricerca criminologica*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine»*. 15-16 maggio 2003, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca, Milano, 2005, p. 3 ss.

FRIGO G., *Prevale la logica della frammentazione*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 52 ss.

FRONZONI V., *Uno strumento poco divulgato di cooperazione giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1133 ss.

FROSCH H., *Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB*, Tübingen, 1976.

GABOARDI A., *Irragionevolezza e fraintendimenti nei rapporti tra recidiva reiterata e cumulo giuridico delle pene. Osservazioni a margine di C. cost., 21.10.2015 n. 241*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22 marzo 2016.

GAITO A. – RANALDI G., *Esecuzione penale*, III ed., Milano, 2016.

GALLI G. – SICLARI B. – SIENA F., *Le recenti leggi contro la criminalità*, vol. I, *Aspetti sostanziali*, Milano, 1977.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003.

GAMBARDELLA M., *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 65 ss.

GANDER D., *La répression pénale des récidivistes a Genève au XVIII^e siècle*, in F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XX^e siècle*, Genève, 2006, p. 137 ss.

GANDINI F., *Successione di leggi in materia di recidiva e divieto di applicazione retroattiva in malam partem della legge penale*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 237 ss.

GARGANI A., *La visione “socio-criminologica” della recidiva nel pensiero di Giacomo Matteotti*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 1247 ss.

GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2007.

GARNOT B. – PIANT H., *Récidive, justice et opinion en Bourgogne et en Lorraine du milieu du XVII^e siècle à la fin du XVIII^e siècle*, in F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endureci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XX^e siècle*, Genève, 2006, p. 123 ss.

GAROFALO R. – CARELLI L., *Dei recidivi e della recidiva*, in P. COGLIOLO (diretto da), *Completo trattato teorico e pratico del diritto penale*, vol. I, parte III, Milano, 1893, p. 785 ss.

GAROFALO R., *Criminologia. Studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Torino, 1885.

GATTA G.L., sub art. 99 c.p., in E. DOLCINI – G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, IV ed., Milano, 2015, p. 1643 ss.

GATTA G.L., *Recidiva obbligatoria: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 27, co. 3 Cost.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 settembre 2014.

GATTA G.L., *Dal DAP un quadro aggiornato sulle caratteristiche socio-lavorative, giuridiche e demografiche della popolazione detenuta, nonché sulla capienza degli istituti di pena*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 gennaio 2013.

GATTA G.L., *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità (art. 61 n. 11-bis c.p.)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 maggio 2012.

GATTA G.L., *Attenuanti generiche al recidivo reiterato: cade (in parte) un irragionevole divieto*, in *Giur cost.*, 2011, p. 2375 ss.

GENTILE DONATI D., *La recidiva. Questioni operative e strategia processuale*, Padova, 2012.

GERACI R.M., *Chiaroscuri della disciplina in tema di patteggiamento allargato*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2445 ss.

GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia 1865 – 1942*, Roma-Bari, 1994.

GIALUZ M., *Il casellario giudiziario europeo: una frontiera dell'integrazione in materia penale*, in F. PERONI – M. GIALUZ (a cura di), *Cooperazione informativa e giustizia penale nell'Unione europea*, Trieste, 2009, p. 190 ss.

- GIANGIACOMO B., *La riforma della recidiva a seguito della l. n. 251 del 2005*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4068 ss.
- GIANNITI P., *Il soggetto recidivo*, in *Giust. pen.*, 2010, II, c. 510 ss.
- GIANNITI F., *Controversie in tema di recidiva*, in *La Scuola pos.*, 1963, p. 263 ss.
- GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, Milano, 1959.
- GIARDA A., *La realtà carceraria italiana: un dramma angosciante*, in *Corr. merito*, 2012, p. 219 ss.
- GIARDA A., *La legge "svuota-carceri": un intervento di buona volontà per un'emergenza drammatica*, in *Corr. merito*, 2011, p. 121 ss.
- GINZBURG C., *Miti, emblemi, spie*, Torino, 2000.
- GINZBURG C., *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in A. GARGANI (a cura di), *Crisi della ragione. Nuovi modelli nel rapporto tra sapere e attività umane*, Torino, 1979, p. 57 ss.
- GIORDANI F., voce *Recidiva*, in *Dig. It.*, XX, Torino, 1911-1915, p. 364 ss.
- GIORS B., *I permessi premio*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 139 ss.
- GIOSTRA G., *Il problema della prescrizione penale: aspetti processuali*, in *Giur. it.*, 2005, p. 2221 ss.
- GIULIANI G., *Istituzioni di diritto criminale con nozioni sullo stato attuale delle legislazioni penali, pontificia e toscana*, III ed., Macerata, 1856.
- GIULINI P. – SCOTTI A., *Il campo del trattamento del reo sessuale tra ingiunzione terapeutica e controllo benevolo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1863 ss.
- GIUNTA F. – MICHELETTI D., *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino, 2003.
- GIUNTA F., *Dal disegno di legge Cirielli alla legge ex Cirielli: l'evoluzione del testo e il suo contesto*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 1 ss.

- GIUNTA F., *Commento all'art. 6 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 465 ss.
- GIUNTA F., *Se la recidiva abbia natura circostanziale*, in *Studium Iuris*, 1997, p. 1322 ss.
- GOFFMAN E., *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 1968.
- GRANDE E., *Il terzo strike. La prigionia in America*, Palermo, 2007.
- GRANDE E., *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2000.
- GREGORI G., *L'ordinamento penale nella Cina classica e contemporanea*, in *Mondo cinese*, 1978, n. 21, p. 3 ss.
- GREGORI I., *Recidiva e abitudine nella dottrina e nella legge*, Roma, 1923.
- GRIPPO R., *Il libro verde dell'UE sulla detenzione in Europa: un banco di prova anche per l'Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7 ottobre 2011.
- GRISPIGNI F., *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili. Prolusione tenuta nell'inaugurazione del IX anno della Scuola di Applicazione Giuridico-Criminale, presso la R. Università di Roma il 17 gennaio 1920*, in *La Scuola pos.*, 1920, p. 3 ss.
- GROSSO C.F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 517 ss.
- GROSSO C.F., *Brevi considerazioni d'insieme e di dettaglio sul lavoro della Commissione Pisapia*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1389 ss.
- GROSSO C.F., *Cinque anni di leggi penali: molte riforme (talune contestabili), nessun disegno organico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 532 ss.
- GROSSO C.F. (a cura di), *Per un nuovo codice penale II. Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000.
- GROSSO C.F., *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Torino, 1997, p. 7 ss.

GUALCO B. – MARINO L. – BIGI C. – D'ARAGONA M., *Carcere e lavoro: una ricerca presso la casa circondariale di Genova-Marassi*, in U. GATTI – B. GUALCO (a cura di), *Carcere e territorio*, Milano, 2003, p. 293 ss.

GUERRERIO A., *Recidiva: le implicazioni soggettive esigono l'esplicitazione dei criteri*, in *Giust. pen.*, 2008, I, c. 301 ss.

GUERRINI F., *La recidiva. Le modifiche apportate dall'art. 9 D.L. 11-4-1974 n. 99*, in *Studi senesi*, 1978, p. 35 ss.

GUSTAPANE E., *I primi tentativi di riforma del codice penale nel secondo dopoguerra*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2005, p. 185 ss.

HASSEMER W., *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012.

IMPALLOMENI G.B., *La recidiva secondo il nuovo codice penale italiano*, in *Riv. pen.*, 1889, p. 222 ss.

INSOLERA G., *Una nuova grammatica costituzionale di fronte alla palingenesi della ideologia punitiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 27 ss.

IUZZOLINO G., *La recidiva europea. Il valore dei precedenti penali negli Stati membri*, in L. KALB (a cura di), *Spazio europeo di giustizia e procedimento penale italiano*, Torino, 2014, p. 667 ss.

JAMES E., *The Norwegian prison where inmates are treated like people*, in *The Guardian*, 25 febbraio 2013.

JANNACONE P., *Aspetti criminologici della recidiva e prospettive di riforma dell'istituto*, in *Riv. pen.*, 1974, p. 345 ss.

JANNACONE P., *La recidiva. Aspetti giuridici*, in *Riv. pen.*, 1972, p. 456 ss.

JANNITTI-PIROMALLO A., *Illustrazione pratica dei codici penale e di procedura penale*, vol. IV, Roma, 1931.

JEANCLOS Y., *La récidive: une pratique pénale en France du XVI^e au XIX^e siècle*, in AA.VV., *Le nouveau droit de la récidive. Actes du colloque du 25 janvier 2007 Université de Franche-Comté*, Paris, 2008, p. 17 ss.

JESCHECK H.H., *Introduzione*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, II ed., Padova, 2003, p. 1 ss.

JESCHECK H.H. – WIEGEND T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, V Auflage, Berlin, 1996.

JOVANE E., *Il nuovo diritto penale*, in *La Scuola pos.*, 1924, p. 25 ss.

JOCTEAU G., *I numeri del controllo penale*, in G. CAMPESI – L. RE – G. TORRENTE (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, Torino, 2009, p.185 ss.

KENIS P. – KRUYEN P. – BAAIJENS J. – BARNEVELD P., *The Prison of the Future? An Evaluation of an Innovative Prison Design in the Netherlands*, in *The Prison Journal*, 2010, 90, p. 313 ss.

KJELSBERG E. – SKOGLUND T. – RUSTAD A., *Attitudes toward prisoners, as reported by prison inmates, prison employees and college students*, in *BMC Public Health*, 2007, p. 771 ss.

KOSTORIS S., *Note critiche sulla miniriforma del processo penale (d.l. 11-4-1974 n. 99 e d.l. 20-4-1974 n. 103)*, in *Arch. pen.*, 1974, I, p. 383 ss.

KRAUSE J.U., *La criminalità nel mondo antico*, Roma, 2006.

KURY H., *Mass media e criminalità: l'esperienza tedesca*, in G. FORTI – M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine». 15-16 maggio 2003, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano – Università degli Studi di Milano-Bicocca*, Milano, 2005, p. 319 ss.

LA GRECA G., *La Corte costituzionale pone al legislatore nuovi limiti legati alla finalità rieducativa della pena*, in *Rass. pen. crimin.*, 2007, p. 167 ss.

LA GRECA G., *La disciplina penitenziaria tra funzione rieducativa della pena e irretroattività della legge penale*, in *Giur cost.*, 2006, p. 2720 ss.

LAFAVE W.R., *Substantive Criminal Law*, Eagan, 2003.

LAINGUI A., *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p. 38 ss.

LARIZZA S., *La commisurazione della pena: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 596 ss.

LATAGLIATA A.R., *Problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 337 ss.

LATAGLIATA A.R., *Circostanze discrezionali e prescrizione del reato*, Napoli, 1967.

LATAGLIATA A.R., *Contributo allo studio della recidiva*, Napoli, 1958.

LAVARINI B., *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 31 ss.

LEO G., *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 aprile 2016.

LEO G., *Corte costituzionale: il cumulo materiale delle sanzioni irrogabili in concreto se più favorevole al reo, costituisce il limite della pena applicabile per il reato continuato o per il concorso formale tra reati*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 novembre 2015.

LEO G., voce *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto del 2014*, Roma, 2014, p. 121 ss.

LEO G., *Circostanze del reato. La recidiva nella prospettiva costituzionale. Voce per "Il libro dell'anno del diritto Treccani 2012"*, in *www.treccani.it*.

LEO G., *Un primo caso accertato di irragionevolezza nella disciplina degli effetti «indiretti» della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1785 ss.

LEO G., *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011.

LEONARDI F., *Le misure alternative alla detenzione tra reinserimento sociale ed abbattimento della recidiva*, in *Rass. pen. crimin.*, 2007, p. 7 ss.

LIBERALI B., *Sguardo d'insieme (marzo – maggio 2016)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1061 ss.

LIPRINO A., *Problemi di diritto e procedura penale della legge "ex Cirielli"*, in *Giust. pen.*, 2006, III, c. 545 ss.

LOMBARDI STOCCHETTI M., *Il carcere negli U.S.A., oggi: una fotografia. Il rapporto "Prisoners in 2013" dello U.S. Justice Departement*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 dicembre 2014.

LOMBROSO C., *L'Uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, V ed., Torino, 1896.

LOMBROSO C., *Troppo presto. Appunti al nuovo Codice penale*, Torino, 1889.

LONGO A., *La Corte di cassazione apre le porte di Palazzo della Consulta alla recidiva obbligatoria*, in *www.osservatorioaic.it*, 16 gennaio 2015.

LONGO A., *La "ex Cirielli" e la logica del "three strikes and you're out"*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 227 ss.

LUCCHINI L., *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886.

MACCORA V., *La disciplina dell'art. 656 c.p.p. ed i provvedimenti di urgenza di competenza del magistrato di sorveglianza alla luce della riforma operata dalla l. 27 maggio 1998 n. 165*, in A. PRESSUTTI (a cura di), *Esecuzione penale e alternative penitenziarie (legge 27 maggio 1998, n. 165)*, Padova, 1999, p. 74 ss.

MAGGIORE G., *Arturo Rocco e il metodo «tecnico-giuridico»*, in *Studi in memoria di Arturo Rocco*, I, Milano, 1952, p. 3 ss.

MAGGIORE G., *Principi di diritto penale. Volume I: Parte generale*, III ed., Bologna, 1939.

MAGLIO M.G. – GIANNELLI F., *Aspetti sostanziali e processuali della recidiva in contrabbando*, in *Riv. pen.*, 1998, p. 417 ss.

MAIORANO F., *Esperienze in campo nazionale di regime detentivo aperto: spunti per una nuova organizzazione*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Cosenza, 2014, p. 185 ss.

MALAGUTI A., *La condanna del carcere: 7 su 10 ritornano dentro*, in *La Stampa*, 18 settembre 2016.

MALINVERNI A., voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 66 ss.

MAMBRIANI A., *La nuova disciplina della recidiva e della prescrizione: contraddizioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Giur. merito*, 2006, p. 837 ss.

MANCONI L. – TORRENTI G., *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, Roma, 2015.

MANCUSO E.M., *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. CONTI – A. MARANDOLA – G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, 2014, p. 49 ss.

MANES V., sub art. 7, in S. BARTOLE – P. DE SENNA – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 258 ss.

MANES V., *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida dir.*, 2012, 20, p. 67 ss.

MANES V., *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 ottobre 2011.

MANFREDI F., *La recidiva nel quadro della commisurazione della pena. Orientamenti recenti negli Usa e in Europa*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2015.

MANGIARACINA A., *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 410 ss.

MANNA A., *Riflessioni introduttive sulle recenti riforme in tema di "svuota-carceri"*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, p. 15 ss.

MANNA A., *Le sanzioni penali nel progetto Ferri*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 279 ss.

MANNA A., *La riforma delle attenuanti generiche nel quadro di un diritto penale "disuguale"*, in S. LORUSSO (a cura di), *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. 261 ss.

MANNOZZI G. – LODIGIANI G.A. (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015.

MANNUCCI M., *Recidiva, attenuanti generiche, prescrizione, norme transitorie: i problemi della legge*, in *www.dirittoegiustizia.it*, 8 dicembre 2005.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, VIII ed., Padova, 2013.

MANTOVANI F., *Il problema della criminalità. Compendio di scienze criminali*, Padova, 1984.

MANTOVANI G., *L'affidamento in prova al servizio sociale e l'affidamento in prova "terapeutico"*, in F. CAPRIOLI – L. SCOMPARIN (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Torino, 2015, p. 85 ss.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, IV ed. (a cura di G.D. PISAPIA), vol. II, Torino, 1961.

MANZINI V., *La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale*, Firenze, 1899.

MARCHESELLI A., *Permessi premio con il contagocce ai recidivi*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 79 ss.

MARCHETTI P., *Cesare Lombroso e l'«Archivio di psichiatria»*, in *Dir. pen.* XXI sec., 2011, p. 255 ss.

MARCHETTI P., *Le "sentinelle del male": l'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico*, in *Quaderni fiorentini. Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVIII, 2009, p. 1009 ss.

MARCHETTI P., *L'armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia. Una genealogia*, Ancona, 2008.

MARCHETTI P., *Teoria e repressione della recidiva nel XIX secolo in Italia*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. Diritto in trasformazione. Giuristi, giudici, legislatori*, Milano, 2000, p. 26 ss.

MARCHINI I., *La responsabilità legale*, in P. PITTARO (a cura di) *Scuola positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, p. 17 ss.

MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, ristampa emendata ed aggiornata, Torino, 1993.

MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965.

MARINI L., *Carcere, droga e intervento penale in Usa. Un dibattito aperto*, in *Quest. giust.*, 2015, 3, p. 208 ss.

- MARINI M., *Alcune annotazioni a margine della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione penale 24 febbraio 2011, n. 20798, in tema di recidiva*, in *Giur. it.*, 2012, p. 670 ss.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed. (aggiornata da E. DOLCINI – G.L. GATTA), Milano, 2015.
- MARINUCCI G., *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 170 ss.
- MARINUCCI G., *La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 976 ss.
- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, Milano, 2002, p. 315 ss.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 ss.
- MARTINA T., voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, vol. XXX, Roma, 2007, p. 1 ss.
- MARTINA T., voce *Recidiva*, in *Enc. giur.*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.
- MARTINI A., *Commento all'art. 7 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 478 ss.
- MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Napoli, 1959.
- MASSARO A., *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora "privilegiato"?*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 680 ss.
- MASTROBUONI G. – TERLIZZESE D., *Rehabilitating Rehabilitation: Prison Conditions and Recidivism*, in *www.eief.it*, 2014.
- MATTEOTTI G., *La recidiva. Saggio di revisione critica con dati statistici*, Torino, 1910.
- MAZZA L., voce *Recidiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1988, p. 68 ss.
- MAZZANTI L. – LORETTI L., *Recidiva*, in *www.ilpenalista.it*, 26 luglio 2016.

MAZZANTI M., *Forme della recidiva e loro contestazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 1248 ss.

MELCHIONDA A., *Commento all'art. 1 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 419 ss.

MELCHIONDA A., *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 175 ss.

MELCHIONDA A., *Le modifiche in materia di circostanze*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 181 ss.

MELCHIONDA A., *La nuova disciplina delle circostanze del reato nel «progetto preliminare Grosso»: pregi e difetti di una riforma che non «rifonda»*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2002, p. 411 ss.

MELCHIONDA A., *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000.

MELCHIONDA A., *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1433 ss.

MELCHIONDA A., *Nuovi e vecchi problemi sulla natura circostanziale della recidiva*, in *Foro it.*, II, 1987, c. 633 ss.

MELCHIONDA A., *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 63 ss.

MELE V., *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L 11 aprile 1974*, in *Giust. pen.*, II, 1975, c. 499 ss.

MENARDO N., *Il processo penale nel pensiero della Scuola Positiva*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, p. 331 ss.

MENGHINI A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in G. FORNASARI – A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2005, p. 110 ss.

MEREU I., *Storia del diritto penale nel '500. Studi e ricerche*, Napoli, 1964.

MESSINA G., *La Corte di Cassazione contro il nuovo diritto penale dell'“autore recidivo” rifiuta l'applicazione obbligatoria della recidiva reiterata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 881 ss.

MICHAEL A., *Le attenuanti del “fatto lieve” in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1082 ss.

MICHAEL A., *Profili di incostituzionalità dell'art. 69 c.p. con particolare riguardo ai rapporti tra recidiva e violenza sessuale di “minore gravità”?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 aprile 2014.

MICHELETTI D., *La nuova disciplina della prescrizione*, in F. GIUNTA (a cura di), *Le innovazioni al sistema penale apportate dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251*, Milano, 2006, p. 221 ss.

MICHELETTI D., *Commento all'art. 10 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 505 ss.

MINERVINI M., *L'applicazione della recidiva facoltativa: prime indicazioni giurisprudenziali*, in *Rass. studi penit.*, 1975, p. 325 ss.

MIRANDA V., *Recidiva aggravata e reati della stessa indole*, in *Giust. pen.*, 1971, II, c. 298 ss.

MOCCIA S., *Profili dialettici all'interno della Commissione. Le ragioni (alcune) di un dissenso*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, p. 439 ss.

MOCCIA S., *Ideologie e diritto nel sistema sanzionatorio del Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p. 562 ss.

MONGILLO V., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: verso un codice di pene intermedie?*, in C. FIORE – S. MOCCIA – A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, p. 321 ss.

- MONTELEONE M., *Questioni in tema di recidiva reiterata e di esecuzione penale*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1713 ss.
- MORGANTE G., sub *art. 99 c.p.*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, tomo I, Milano, 2014, p. 652 ss.
- MOROSINI P., *Appunti sui lavori della Commissione per la riforma del Codice penale*, in *Quest. giust.*, 2007, 4, p. 1083 ss.
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.
- MULLIRI G., *La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1975, p. 1321 ss.
- MUSCATIELLO V.B., *Il recidivo in fuga: guardare la vita, contare le macchie*, in *Quest. giust.*, 2012, 4, p. 7 ss.
- MUSCATIELLO V. B., *La recidiva*, Torino, 2008.
- MUSCATIELLO V.B., *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002.
- NATALINI A., *Ordinamento penitenziario e benefici: la reformatio in peius è ammessa. Via libera alle norme sopravvenute più restrittive per i reclusi*, in *D&G*, 2005, n. 11, p. 35 ss.
- NAVARRA M., *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino, 2015.
- NEALE K., *L'insieme delle regole minime per il trattamento dei detenuti*, in P. COMUCCI – A. PRESUTTI (a cura di), *Le regole penitenziarie europee*, Milano, 1989, p. 123 ss.
- NEGRI D., *La circolazione del "curriculum criminale" tra i procedimenti penali*, in R.E. KOSTORIS – R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Torino, 2006, p. 307 ss.
- NEPPI MODONA G. – PELISSERO M., *La politica criminale durante il Fascismo*, in *Storia d'Italia*, Annali 12, *La criminalità*, Torino, 1997, p. 761 ss.
- NICOSIA A., *Trattamento penitenziario e diritti fondamentali alla luce del diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 3 ss.

NOTARGIACOMO V., *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente: la necessaria, riaffermata, valorizzazione dell'elemento volontaristico del dolo*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1324 ss.

NOTARO D., *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1755 ss.

NUNZIATA M., *Three strikes and you're out. Pro e contro una recente «misura anticrimine» statunitense: l'ergastolo obbligatorio per i plurirecidivi di gravi crimini*, in *Riv. pen.*, 1997, p. 791 ss.

NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982.

NUVOLONE P., *Commento al d.l. n. 99/1974*, in *Ind. pen.*, 1974, p. 331 ss.

NUVOLONE P., *Alle soglie di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 365 ss.

OLIVIERI DEL CASTILLO R., *Ex Cirielli, la riforma al rovescio. Quel doppio binario è pericoloso*, in *D&G*, 2005, 40, p. 8 ss.

OSS G., *Situazioni analoghe, pene differenti: Le Sezioni Unite chiedono l'intervento della Corte costituzionale. Qualche riflessione sulle discrasie dell'ordinamento penale e sul principio di ragionevolezza*, in *www.penalecontemporaeo.it*, 2 aprile 2014.

PACE L., *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 18 settembre 2014.

PADOVANI T., *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

PADOVANI T., *Diritto penale*, X ed., Milano, 2012.

PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 32 ss.

PADOVANI T., *Commento all'art. 4 l. 5.12.2005 n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione)*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 445 ss.

PADOVANI T., *Note sul Codice penale veronese del 1797*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il Codice penale veronese (1797)*, Padova, 1996, p. CVII ss.

PADOVANI T., *La tradizione penalistica toscana nel Codice Zanardelli*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p. 397 ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, 2003.

PAGLIARO A., *Il reato nel progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4 ss.

PAGLIARO A., *Situazione e progetti preliminari nel procedimento di riforma del diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1980, p. 477 ss.

PALAZZO F., *La riforma penale alza il tiro? Considerazioni sul disegno di legge A.S. 2067 e connessi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 maggio 2016.

PALAZZO F., *Le deleghe sostanziali: qualcosa si è mosso, tra timidezze e imperfezioni*, in C. CONTI – A. MARANDOLA – G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Padova, 2014, p. 145 ss.

PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme prossime e venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, p. 1693 ss.

PALAZZO F. – PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, III ed., Torino, 2013.

PALAZZO F., *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 349 ss.

PALAZZO F., *Codice penale 1930: un passato (ancora) senza futuro*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 settembre 2011.

PALAZZO F., *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Democrazia e diritto*, 2006, fasc. 1, p. 53 ss.

PALAZZO F., *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspicii alla realizzazione?*, Torino, 2001, p. 27 ss.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, II ed., Torino, 2006.

PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.

- PALAZZO F., *Consumo e traffico degli stupefacenti*, II ed., Padova, 1994.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, II ed., Padova, 1982.
- PALIERO C.E., *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss.
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726 ss.
- PALOSCIA A., *Problematica relativa al metodo di rilevazione statistica per la categoria dei "recidivi"*, in *Rass. pen. crimin.*, 1986, p. 21 ss.
- PANZARASA M., *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 novembre 2010.
- PANZARASA M., *Recidiva reiterata e preclusione all'accesso alle misure alternative alla detenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 novembre 2010.
- PAOLOPOLI N., *Il progetto Ferri fra la Scuola positiva e il moderno indirizzo criminale*, in *La Scuola pos.*, 1925, p. 13 ss.
- PATALANO V., *Sulle "Leggi penali" contenute nella Parte seconda del Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, in AA.VV., *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819). Parte seconda: Leggi penali*, Padova, 1996, p. XLV ss.
- PAULESU P.P., *Profili esecutivi*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, II ed., Milano, 2015, p. 443 ss.
- PAVARINI M., *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, p. 3 ss.
- PAVARINI M., *La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle "Unpersonen"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, 2, p. 7 ss.
- PAVARINI M., *Il carcere*, in M. BARBAGLI – U. GATTI (a cura di), *La criminalità in Italia*, Bologna, 2002, p. 225 ss.
- PAVARINI M., *Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo, dalla «ronda dei carcerati» al «giromondo penitenziario»*, in *Rass. pen. crim.*, 2002, 1-2, p. 105 ss.

PAVARINI M., *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell'Italia del XX secolo*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Torino, 1997, p. 983 ss.

PECCIOLO A., *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010.

PECORELLA C., *Quale futuro per la pena detentiva?*, in S. BUZZELLI (a cura di), *I giorni scontati. Appunti sul carcere*, Roma, 2012, p. 45 ss.

PEDRAZZI C., *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 303 ss.

PELISSERO M., *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1412 ss.

PELISSERO M., *La pericolosità sociale: categoria imprescindibile o rinunciabile?*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 239 ss.

PELISSERO M., *Dal progetto Ferri al codice penale del 1930*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, p. 307 ss.

PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008.

PELLEGRINI L., *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 1371 ss.

PELLEGRINO A., *Reato continuato commesso da recidivo e operatività del limite minimo dell'aumento di pena di un terzo*, in *www.ilpenalista.it*, 30 giugno 2016.

PENNISI A., *Contestazione, dichiarazione ed effetti penali della recidiva*, in *Giur. it.*, 1974, II, c. 27 ss.

PERINI P., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in P. PITTARO (a cura di), *La normativa penale 2012-2015. La disciplina anticorruzione e le principali innovazioni alla parte generale del codice penale*, Trieste, 2015, p. 53 ss.

PERONI F., *L'applicazione della pena su richiesta*, in F. PERONI – M. GIALUZ, *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, 2004, p. 8 ss.

PERROTTI M., *La recidiva reiterata "comune" non può essere "mera forma"*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 616 ss.

PERSIO P.T., *La recidiva nell'ordinamento penale francese*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 372 ss.

PESSINA E., *Manuale del diritto penale italiano*, Napoli, 1893.

PETRINI D., *Il trattamento del delinquente sessuale, tra esigenze securitarie e controllo della recidiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1823 ss.

PIFFER G., *I nuovi vincoli alla discrezionalità giudiziale: la disciplina della recidiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 dicembre 2010.

PISA P., *Reato circostanziato*, in C.F. GROSSO – M. PELISSERO – D. PETRINI – P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2013, p. 443 ss.

PISA P., *La violenza sessuale è reato contro la persona*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 283 ss.

PISAPIA G., *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova Parte generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 565 ss.

PISAPIA G.D., *Riflessioni in tema di recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 967 ss.

PISAPIA G.D., *Influenza della recidiva ai fini della applicabilità della prescrizione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 138 ss.

PISTORELLI L., *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 61 ss.

PITTARO P., sub art. 52 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 74, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, IV ed., Milano, 2010, p. 9388 ss.

PITTARO P., voce *Recidiva*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. XIII, Milano, 2008, p. 80 ss.

PITTARO P., sub art. 27 Cost., in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed., Padova, 2008, p. 269 ss.

PITTARO P., *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 5 ss.

- PITTARO P., *Il codice penale veronese: un'ipotesi fra parvenza e realtà*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il Codice penale veronese (1797)*, Padova, 1996, p. CXXXIX ss.
- PITTARO P., voce *Recidiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 359 ss.
- PLASTINA N. – IUZZOLINO G., *Casellario giudiziale, via al modello Ue. Agevolato lo scambio di dati fra Stati*, in *D&G*, 2006, 1, p. 102 ss.
- PLOEG G., *Norway's Prisons Are Doing Something Right*, in *New York Times*, 18 dicembre 2012.
- PORRO S., *Le misure di polizia e la prevenzione della criminalità nel pensiero della Scuola Positiva*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, p. 377 ss.
- PORRO S., *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco. Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, Il Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2011.
- POTETTI D., *Osservazioni in tema di recidiva, alla luce della l. n. 251 del 2005 (c.d. «ex Cirielli»)*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2467 ss.
- PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 4^e édition, Paris, 2016.
- PRATT J., *Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess*, in *British Journal of Criminology*, 2008, 48, p. 119 ss.
- PRESUTTI A., *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano, 1986.
- PRITTWITZ C., *Populismo e opportunismo nella politica criminale. Il ruolo della legislazione e quello della magistratura costituzionale nel caso della custodia di sicurezza*, in G. COCCO (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, p. 81 ss.
- PUGIOTTO A., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10 giugno 2014.
- PUGIOTTO A., *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont. Rivista trimestrale*, 2014, 1, p. 129 ss.
- PUGIOTTO A., *Aprire le celle alla Costituzione*, in F. CORLEONE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena*, Roma, 2012, p. 223 ss.

- PUGLIA F., *Della recidiva*, in *Enc. dir. pen. it.* (a cura di E. PESSINA), vol. V, Milano, 1904, p. 676 ss.
- PULEIO F., *Tanto tuonò che piovve. La l. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3697 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015.
- PULITANÒ D., *Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, p. 136 ss.
- PULITANÒ D., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 ss.
- PULITANÒ D., *Circostanze del reato. Problemi e prospettive*, in S. VINCIGUERRA – F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 701 ss.
- PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.
- PULITANÒ D., *Suggerimenti ideologici e difficoltà tecniche nella riforma penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1395 ss.
- QUERO T., *La recidiva reiterata obbligatoria al vaglio della Corte costituzionale. La difficile giustificabilità di un giudizio di inammissibilità*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1906 ss.
- RAIMONDI S., *La recidiva*, Milano, 2014.
- RANALLI D., *Recenti interventi della Corte europea dei diritti umani: qualche spunto per riflettere sul sovraffollamento*, in *Rass. pen. crimin.*, 2014, p. 155 ss.
- RANDAZZO E., *Una dissennata retromarcia che crea un diritto differenziato*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 4 ss.
- RANDAZZO S., *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 2013, vol. 130, p. 457 ss.
- RANIERI S., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Padova, 1968.
- RE L., *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Roma-Bari, 2006.

RENOLDI C., *Note sulla flessibilità della pena e sui limiti alla discrezionalità legislativa in materia di benefici penitenziari*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3775 ss.

RENOLDI C., *Dilatazione abnorme degli effetti della recidiva e principio di ragionevolezza*, in *Quest. giust.*, 2006, 3, p. 609 ss.

RESTA F., *Nella giusta direzione: il decreto-legge "salva-carceri"*, in *Giur. merito*, 2012, p. 546 ss.

RICCARDI G., *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Ind. pen.*, 2007, p. 509 ss.

RICCIO S., voce *Recidiva*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 1050 ss.

RIONDATO S., sub art. 99 c.p., in A. CRESPI – G. FORTI – G. ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, XII ed, Padova, 2011, p. 544 ss.

ROCCHI F., «Semel malus semper praesumitur esse malus»: *dubbi di legittimità costituzionale del regime obbligatorio di una recidiva generica*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 51 ss.

ROCCHI F., *Cadono l'obbligatorietà della recidiva "qualificata" e il relativo automatismo sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1493 ss.

ROCCHI F., *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in AA.VV., *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale. Atti del quinto Ginnasio dei Penalisti svoltosi a Pisa il 9-10 novembre 2012*, Torino, 2013, p. 327 ss.

ROCCHI F., *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2103 ss.

ROCCHI F., *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.

ROCCHI F., *La discrezionalità della recidiva reiterata "comune": implicazioni sul bilanciamento delle circostanze e sugli altri effetti ad essa connessi*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4090 ss.

- ROCCO A., *Il problema e il metodo della scienza di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1910, p. 263 ss.
- ROMANELLI A., *Aspetti giuridici e aspetti criminologici della recidiva*, in *Giust. pen.*, 1968, II, c. 225 ss.
- ROMANO B., *La riforma del codice penale nel progetto della Commissione Pisapia*, in *Ind. pen.*, 2008, p. 473 ss.
- ROMANO M., pre art. 99 c.p., in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, 2012, p. 84 ss.
- ROMANO M., sub art. 99 c.p., in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, IV ed., Milano, 2012, p. 90 ss.
- ROMANO M., sub. art. 160 c.p., in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, II ed., Milano, 2011, p. 105 ss.
- ROMEO G., *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 ottobre 2014.
- ROMEO G., *Le Sezioni unite sulla recidiva in caso di estinzione della pena pregressa per esito positivo dell'affidamento in prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2012.
- ROMEO G., *La recidiva qualificata non incide sulla determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 maggio 2011.
- ROMEO G., *Rimessa alle S.U. la questione della rilevanza della recidiva reiterata, se e in quanto circostanza ad effetto speciale, per la determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle misure cautelari e precautelari*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 gennaio 2011.
- ROSI E., *Effetti della recidiva reiterata su attenuanti generiche e comparazione*, in A. SCALFATI (a cura di), *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli")*, Padova, 2006, p. 5 ss.
- ROSSELLI O., *Per una quantificazione della pena detentiva conforme a Costituzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 401 ss.

ROSSI F., *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1564 ss.

ROSSI P., *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829.

ROUSSEAU X., *La récidive: invention médiévale ou symptôme de modernité?*, in F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et recidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Genève, 2006, p. 55 ss.

ROUSSEAU X., *Dalle città medievali agli Stati nazionali: rassegna sulla storia della criminalità e della giustizia penale in Europa*, in L. CAJANI (a cura di), *Criminalità, giustizia penale e ordine pubblico nell'Europa moderna*, Milano, 1997, p. 11 ss.

RUARO M., *Le Sezioni Unite esaltano la portata estintiva del probation penitenziario, facendo calare l'oblio sull'intervenuta condanna ai fini di un'eventuale recidiva*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2470 ss.

RUGGERI S., *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1, p. 31 ss.

RUGGIERO G., *I reati della stessa indole*, Milano, 1958.

RUOTOLO M., *Gli Stati Generali sull'esecuzione penali: finalità e obiettivi*, in www.penalecontemporaneo.it, 11 marzo 2016.

RUOTOLO M., *Obiettivo carcere: guardando al futuro (con un occhio al passato)*, in *Quest. giust.*, 2015, 2, p. 56 ss.

SABELLA G., *Giustizia: il lavoro in carcere antidoto alla recidiva*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 giugno 2015.

SACCOMANI J., *La l. 5 dicembre 2005, n. 251: problemi vecchi e nuovi di diritto transitorio*, in *Giur. merito*, 2007, p. 1718 ss.

SALERNO G.M., *Un intervento in linea con la Costituzione*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 45 ss.

SAMMARCO A.A., *L'introduzione del casellario giudiziale europeo nel processo penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1165 ss.

SANGUINETTI L.M., *Diritto penale ragionato. Dolo, colpa, nesso di causalità, reato continuato, delitti contro la famiglia, la libertà sessuale, la inviolabilità del domicilio e dei segreti*, Milano, 2002, p. 23 ss.

SANTANGELO CORDANI A., *Alla vigilia del Codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell'Italia postunitaria*, Milano, 2008.

SANTORO E. – TUCCI R., *L'incidenza dell'affidamento sulla recidiva: prime indicazioni e problemi per una ricerca sistematica*, in *Rass. pen. crimin.*, 2006, p. 79 ss.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Bari, 2007, p. 163 ss.

SBRICCOLI M., *Periculum pravitatis. Juristes et juges face à l'image du criminel méchant et endurci (XVIe-XVIIe siècles)*, in F. BRIEGEL – M. PORRET (a cura di), *Le criminel endurci. Récidive et récidivistes du Moyen Age au XXe siècle*, Genève, 2006, p. 25 ss.

SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1900)*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, p. 487 ss.

SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, p. 147 ss.

SCALFATI A., *Cade il bilanciamento delle circostanze*, in *Guida dir.*, 2006, dossier n. 1, p. 38 ss.

SCHIRALDI V. – COLBURN J. – LOTKE E., *Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws 10 years after their Enactment*, in www.justicepolicy.org, settembre 2004.

SCHNAPPER B., *La récidive, une obsession créatrice au XIX^{ème} siècle*, in *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^{ème} – XX^{ème} siècles)*, Paris, 1991, p. 313 ss.

SERIANNI V., voce *Recidiva*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, vol. IV, 1986, Torino, p. 370 ss.

- SERRAO E., *Sulla sospensione condizionale della pena*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1153 ss.
- SILVANI S., *Definitivamente estromessa dal sistema penale l'ubriachezza manifesta*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2659 ss.
- SILVANI S., *Il giudizio del tempo: uno studio sulla prescrizione del reato*, Bologna, 2009.
- SILVESTRI G., *Osservazioni a Cass. S.U. 24 febbraio 2011, n. 17386*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 389 ss.
- SIRAGUSA S., *Ambiente carcerario ed esecuzione penale. Brevi riflessioni sulle dinamiche inframurarie e sulle nuove metodiche trattamentali della sorveglianza dinamica*, in *Riv. pol.*, 2015, p. 279 ss.
- SKARDHAMAR T. – TELLE K., *Post-release Employment and Recidivism in Norway*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2012, p. 629 ss.
- SOTIS C., *Estesa al sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente «preso – troppo? – sul serio»*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 906 ss.
- SOULA M., *Récidive et illusion rétrospective*, in *www.criminocorpus.revues.org*, 26 febbraio 2016.
- SPANGHER G., *Urge una riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 913 ss.
- SPENA A., *Accidentalia delicti? Le circostanze nella struttura del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 639 ss.
- SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano: da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, II ed., Torino, 1932.
- STANIGH E., *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di) *Scuola positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, p. 45 ss.
- STASIO D. – TERLIZZESE D., *Il carcere «aperto» aumenta la sicurezza*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 maggio 2014.
- STILE A.M., *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle Due Sicilie*, in *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p.183 ss.

STILE A.M., *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi urbinati*, 1976-1977, p. 275 ss.

STILE A.M., *Prospettive di riforma della commisurazione della pena*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – Problemi – Prospettive*, Milano, 1993, p. 310 ss.

STILE A.M., *Il convegno di Napoli sui «problemi attuali della discrezionalità nel diritto penale»*, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 1975, p. 1245 ss.

STILE A.M., *La minore età nel gioco delle circostanze del reato ex art. 69 c.p.*, in *Giur. merito*, 1975, II, p. 290 ss.

STREE W. – KINZIG S., sub § 46, in A. SCHÖNKE – H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, XXIX Auflage, München, 2014, p. 774 ss.

SYLVERS E., *Italian inmates receive training in a Cisco computer program: Behind bars but learning to network*, in *New York Times*, 6 giugno 2003.

TESAURO A., *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente-pilota?*, in *Foro it.*, 2013, I, c. 2405 ss.

TESAURO A., *La nuova disciplina della recidiva reiterata al vaglio della Corte costituzionale*, in *Foro. it.*, 2007, I, c. 3357 ss.

TIGANO S., *La recidiva reiterata fra teoria e prassi*, in *Arch. pen.*, 2012, 1, p. 293 ss.

TIGANO S., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della recidiva*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 333 ss.

TORIELLO M., *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti. Il nuovo assetto del reato e le implicazioni processuali e sostanziali*, Milano, 2015.

TORRENTE G., *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 ottobre 2016.

TORRENTE G., *Pena e recidiva: tendenze in atto e stato della ricerca*, in G. CAMPESI – L. RE – G. TORRENTE (a cura di), *Dietro le sbarre e oltre. Due ricerche sul carcere in Italia*, Torino, 2009, p. 224 ss.

TORRENTE G., *Punishment and Recidivism. The Italian Case*, Torino, 2009.

TOZZI PEVERE G., *Il casellario giudiziale e la recidiva. Aspetti giuridici e sociologici*, in *www.altrodiritto.unifi.it*, 2007.

- TRANQUILLO C., *L'incerto regime applicativo della recidiva e gli spazi di discrezionalità del giudice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2010, p. 286 ss.
- TRAVAGLIA CICIRELLO T., *Il reo pericoloso*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 503 ss.
- TRISI F., *Le nuove Modalità di Esecuzione della Pena: il regime penitenziario aperto*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Cosenza, 2014, p. 13 ss.
- TRISI F. – RACITI A., *La Ricerca/Intervento: analisi e valutazione*, in F. TRISI – I. DE AMICIS – A. RACITI, *Il carcere aperto. Un bilancio sociale delle nuove modalità di esecuzione della pena*, Cosenza, 2014, p. 121 ss.
- TROISI R., *La considerazione dei precedenti penali "europei" nell'ordinamento interno*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1159 ss.
- TRUCANO A., *Sull'obbligatorietà della recidiva*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1630 ss.
- TUMMINELLO L., *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano, 2010.
- TUOZZI P., *Corso di diritto penale*, III ed., Napoli, 1889.
- TURCHETTI S., *Emergenza carceri: una prima risposta dal Governo Monti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 gennaio 2012.
- URBAN F., *Sulla illegittimità costituzionale dell'applicazione obbligatoria della recidiva anche ai reati di particolare gravità e allarme sociale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 febbraio 2016.
- VALLINI A., *Carcere, democrazia, università. L'esperienza dei poli universitari penitenziari*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1374 ss.
- VALLINI A., *Circostanze del reato*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2011, p. 1 ss.
- VARRASO G., *In tema di misure cautelari interdittive nei confronti degli enti per responsabilità "amministrativa" dipendente da reato*, in *Corr. merito*, 2005, p. 328 ss.
- VASSALLI G., *Riforma del codice penale: se, come, quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 10 ss.

VASSALLI G., *Sulla disciplina delle circostanze del reato*, in A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2002, p. 401 ss.

VASSALLI G., voce *Colpevolezza*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, vol. VII, Roma, 1988, p. 1 ss.

VASSALLI G., *Concorso tra circostanze eterogenee e «reati aggravati dall'evento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 3 ss.

VASSALLI G., *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del corso di diritto penale*, Milano, 1975.

VASSALLI G., *La pericolosità sociale presunta del minore non imputabile*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 3 ss.

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297 ss.

VASSALLI G., voce *Codice penale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, p. 261 ss.

VENAFRO E., *Meritevolezza di pena e logiche deflative. Un breve schizzo introduttivo*, in G. DE FRANCESCO – E. VENAFRO (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino, 2002, p. 9 ss.

VERRINA D., sub *art. 6*, in F. DELLA CASA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, IV ed., Padova, 2011, p. 121 ss.

VESSELLA L., *L'architettura del carcere a custodia attenuata. Criteri di progettazione per un nuovo modello di struttura penitenziaria*, Milano, 2016.

VICOLI D., *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1006 ss.

VIGANÒ F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola (Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ric. Ercolano)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 1, p. 250 ss.

VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss.

- VIGANÒ F., *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3017 ss.
- VINCENTI R., *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 531 ss.
- VINCIGUERRA S., *Se i penalisti italiani contemporanei ripensano al nostro Ottocento penalistico*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2013, p.179 ss.
- VINCIGUERRA S., *Dal Codice Zanardelli al Codice Rocco. Una panoramica sulle ragioni, il metodo e gli esiti della sostituzione*, in *Il Codice penale per il Regno d'Italia (1930) – Codice Rocco*, ristampa anastatica, Padova, 2010, p. XI ss.
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale italiano*, vol. I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009.
- VINCIGUERRA S., *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell'assolutismo regio: le "Leggi penali" delle Due Sicilie*, in AA.VV., *Codice per lo Regno delle Due Sicilie (1819). Parte seconda: Leggi penali*, Padova, 1996, p. VIII ss.
- VINCIGUERRA S., *I Codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in AA.VV., *Diritto penale dell'Ottocento. I Codici preunitari e il Codice Zanardelli* (studi coordinati da S. VINCIGUERRA), Padova, 1993, p. 350 ss.
- VISMARA A., *Della recidiva nei reati*, Firenze, 1871.
- VITIELLO M., *Three Strikes: Can We Return to Rationality?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1997, vol. 87, p. 395 ss.
- VOLPATTI G., *La pericolosità qualificata*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, p. 33 ss.
- WARD K. – LONGAKER A.J. – WILLIAMS J. – NAYLON A. – ROSE C.A. –SIMPSON C., *Incarceration Within American and Nordic Prisons: Comparison of National and International Policies*, in *ENGAGE. The International Journal of Research and Practice on Student Engagement*, 2013, p. 36 ss.
- YARDLEY J., *Italian Cuisine Worth Going to Prison For*, in *New York Times*, 5 marzo 2016.
- ZANIOLO D., *Le circostanze del reato*, Torino, 2013.

ZANON N., *Aspetti costituzionali della legittima difesa e della recidiva riformate*, in A. BERNARDI – B. PASTORE – A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 73 ss.

ZIMRING F.E., *La dimensione del fenomeno detentivo negli Stati Uniti: i modelli del ventesimo secolo e le prospettive per il ventunesimo*, in *Criminalia*, 2011, p. 47 ss.

ZIMRING F.E. – HAWKINS G. – KAMIN S., *Punishment and Democracy. Three Strikes and You're Out in California*, Oxford, 2001.

ZIMRING F.E. – HAWKINS G., *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*, New York, 1995.

ZINNI F., *La recidiva e la prescrizione*, in *Riv. pen.*, 1971, p. 513 ss.

Sintesi

Il trattamento sanzionatorio da irrogare ai recidivi rappresenta, da sempre, uno degli argomenti più dibattuti nell'ambito penalistico. Nelle prime fonti, tuttavia, la recidiva non viene teorizzata in termini generali, anche a causa della confusione con la più generale figura della reiterazione criminosa, la *consuetudo delinquendi*. Il vero snodo per il destino strutturale e funzionale dell'aggravante è senza dubbio rappresentato dal *Code pénal* francese del 1810, laddove per la prima volta viene introdotta normativamente una recidiva generica, applicabile a qualsivoglia tipologia di reato.

Nel panorama nazionale – al cui interno si fronteggiano sull'argomento illustri Autori come Giovanni Carmignani, Francesco Carrara e Pellegrino Rossi – le soluzioni adottate sono estremamente variegate: si passa dalla scelta rigorosa del Codice per lo Regno delle Due Sicilie a quella più liberale effettuata nel Granducato di Toscana, che ispirerà il futuro Codice Zanardelli del 1889.

A cavallo tra il XIX e il XX secolo si sviluppa in Italia la Scuola positiva, i cui rivoluzionari postulati scientifici relativi alla pericolosità sociale dell'individuo si pongono in antitesi con quelli del diritto penale classico. Dallo "scontro tra scuole" nasce l'art. 99 c.p., una norma di compromesso che cerca di accontentare tutti, ma che in fondo non soddisfa nessuno. Il risultato normativo è confuso e poco coerente, per cui nel 1974 viene approvata una storica riforma, che muta radicalmente i connotati della disciplina: il giudice, infatti, diviene il centro del sistema, dal momento che può non applicare discrezionalmente la recidiva e includere la stessa all'interno del giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*

Tali scelte, apprezzabili nell'ottica di un'umanizzazione del sistema, hanno avuto tuttavia il demerito di far scomparire dal panorama penalistico l'istituto, il quale dopo la novella trova raramente applicazione nella prassi delle aule giudiziarie. Così, all'inizio del nuovo millennio, il legislatore si trova di fronte a un bivio: può cercare di rivitalizzarlo oppure cogliere l'occasione per espungerlo in via definitiva dal codice, similmente a quanto accaduto in Germania nel 1986.

La legge n. 251 del 2005, al contrario, si allinea alle politiche repressive statunitensi, che – mediante le “*Three Strikes Laws*” – hanno individuato nel recidivo il nemico della società, da combattere ed eliminare. Il testo della *ex Cirielli* si caratterizza infatti per un trattamento estremamente severo nei confronti di tali soggetti, con numerose preclusioni e automatismi in ambito sostanziale, processuale e finanche esecutivo. Gran parte di questi “effetti indiretti” mal si conciliano con i principi cardine in tema di commisurazione della pena, perché non permettono di calibrare la risposta sanzionatoria all’effettivo disvalore del fatto commesso.

Proprio alla luce di ciò, non deve sorprendere l’attivismo della Consulta, impegnata a ricondurre l’intera disciplina entro i canoni della ragionevolezza. Tra i vari interventi, possiamo ricordare l’arresto n. 183 del 2011, con cui è stato dichiarato parzialmente incostituzionale l’art. 62 *bis*, comma 2, c.p.; altrettanto significative sono le quattro sentenze relative alle limitazioni al giudizio di bilanciamento *ex art.* 69, comma 4, c.p., grazie alle quali, in determinate ipotesi, il giudice è nuovamente libero di dichiarare la prevalenza delle attenuanti sull’aggravante di cui all’art. 99, comma 4, c.p. La pronuncia più rilevante, tuttavia, è la n. 185 del 2015, mediante la quale – per la prima volta – il Giudice delle leggi interviene direttamente sull’art. 99 c.p., dichiarando l’incostituzionalità del regime obbligatorio sancito dal comma quinto.

Nonostante gli enormi sforzi profusi dalla Consulta, l’assetto attuale della recidiva non pare ancora del tutto convincente, sia a causa dei perduranti profili di tensione con il dettato costituzionale, sia in un’ottica di razionalità dell’intero sistema penale. Per giungere a una disciplina più coerente, è necessario dapprima sciogliere il nodo dogmatico della natura e del fondamento giuridico dell’istituto.

In ordine alla prima, non sembrano più esservi dubbi che la recidiva vada ricondotta nell’alveo delle circostanze in senso tecnico e non tra gli *status* personali di cui agli artt. 102 ss. c.p.: l’effetto aggravatore, la sua inclusione nel giudizio di bilanciamento e la stessa definizione data dall’art. 70 c.p. ne sono chiari indici, tant’è che la soluzione è stata adottata persino dalle Sezioni Unite della Cassazione e dai più recenti progetti di riforma della parte generale del codice penale.

Più complesso il discorso relativo alla *ratio*, laddove si contendono il campo tre orientamenti di fondo: uno, di stampo retribuzionista, imperniato sulla maggiore colpevolezza del reo; quello ispirato a logiche di tipo special-preventivo, incentrato su una più elevata pericolosità sociale del soggetto; l'ultimo, di matrice prevalentemente giurisprudenziale, che cerca di unire le due ricostruzioni precedenti e prende il nome di bivalente o bidimensionale.

L'unica lettura costituzionalmente orientata dell'istituto, specie con riguardo ai principi che governano la commisurazione della pena, è quella che valorizza la maggior colpevolezza, in termini normativi, del recidivo: il giudice, quindi, deve orientare il proprio potere discrezionale verso la gravità del reato già commesso, tralasciando la pericolosità sociale del reo o ulteriori prognosi proiettate in avanti.

Il problema, a questo punto, nasce dalla constatazione che la gran parte degli "effetti indiretti" si ispira a una differente logica di maggiore pericolosità del soggetto: per risolvere questa complessa situazione si rende sempre più necessario un intervento del legislatore, il quale prosegua con coraggio l'opera di smantellamento di tali conseguenze indirette, iniziata – quantomeno per quelle previste in fase esecutiva – con il d.l. 1 luglio 2013, n. 78.

Da tutt'altra angolatura, la ricaduta nel crimine rileva in maniera significativa sull'ingente spesa sostenuta dal Paese per mantenere il sistema carcerario e incide anche sul numero complessivo dei reclusi negli istituti penitenziari, peggiorando così la già critica situazione del sovraffollamento. I tassi di recidiva di coloro che hanno già scontato una pena detentiva sono assai elevati e superano il 50%. Per ovviare a tale preoccupante andamento è necessario ripensare profondamente il carcere, allineandosi ai principi stabiliti nelle raccomandazioni sovranazionali, in particolare nelle "Regole penitenziarie europee" del 2006, testo che valorizza i concetti di "carcere aperto" e "sorveglianza dinamica".

Se si guarda all'esempio norvegese, laddove tali modalità di esecuzione sono sperimentate da più tempo, si può osservare come la percentuale di ricaduta nel crimine sia decisamente inferiore (20%) e, soprattutto, l'espiazione della sanzione sia più rispettosa dei diritti fondamentali dell'individuo. Negli ultimi anni anche l'Italia ha iniziato ad adeguarsi agli standard richiesti a livello europeo e i risultati

non sono tardati ad arrivare: da un indagine condotta presso le sezioni aperte istituite nella casa di reclusione di Bollate, infatti, si è potuto constatare come per ogni anno in più trascorso nel citato carcere, e quindi in meno all'interno di un altro, la recidiva si riduca di circa dieci punti percentuali.